



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia

Autor:

Emiliano Carretero Morales

Director:

Helena Soleto Muñoz

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL, PROCESAL E HISTORIA

Getafe, diciembre de 2013



TESIS DOCTORAL

La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia

Autor: *Emiliano Carretero Morales*

Director: *Helena Soletto Muñoz*

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Getafe, 19 de diciembre de 2013

ÍNDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN.....	19

CAPÍTULO I

LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS COMO PARTE DEL SISTEMA DE JUSTICIA

1.- CONFLICTO Y DERECHO.....	31
1.1 EL CONFLICTO COMO BASE DE LA INTERVENCIÓN JURÍDICA EN LAS RELACIONES INTERPERSONALES.....	31
1.2 RESPUESTAS ANTE LOS DESEQUILIBRIOS EN LAS RELACIONES SOCIALES: EL DERECHO.....	34
2.- VÍAS DE COMPOSICIÓN DE CONFLICTOS	39
2.1 AUTOTUTELA	40
2.2 AUTOCOMPOSICIÓN.....	43
2.3 HETEROCOMPOSICIÓN	46
2.3.1 Arbitraje	49
2.3.2 El proceso judicial	57
A. El sistema público de Justicia.....	57
B. El justiciable y el sistema de Justicia	59
3.- PROCESO Y ALTERNATIVAS	66
3.1 EL ACCESO A LOS TRIBUNALES COMO ÚNICA MANIFESTACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA	66
3.2 LA TUTELA JURÍDICA MÁS ALLÁ DE LA TUTELA JURISDICCIONAL.....	69
4.- HACIA UN SISTEMA DE JUSTICIA AVANZADO	73
4.1 LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA ACTUALIDAD	77
4.2 LA IMAGEN DE LA JUSTICIA PARA EL CIUDADANO.....	90
4.3 PROBLEMAS ESTRUCTURALES DE LA JUSTICIA EN ESPAÑA.....	94
4.4 LA CONVENIENCIA DE INCORPORAR VÍAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	105
4.4.1 Incentivos económicos	109
4.4.2 Adecuación	112
4.4.3 Eficacia.....	115
4.5 RESISTENCIAS A SU IMPLANTACIÓN	118
4.5.1 Argumentos contra su implantación.....	118
A. Sobre su carácter de “alternativas”.....	118
B. Por “privatizar” la Justicia	120
C. Por suponer un ataque al modelo de Justicia clásico	122
D. Por la inadecuada protección de los derechos de las partes	124

E. Por no eliminar las desigualdades entre las partes	126
F. Por no ser de aplicación a todos los conflictos	127
G. Por otros motivos	128
4.5.2 Resistencias de los operadores jurídicos	129
A. Reticencias por parte de los abogados	130
B. Reticencias por parte de los jueces	131
C. Reticencias por parte de los justiciables	132

CAPÍTULO II

MÉTODOS ALTERNATIVOS O COMPLEMENTARIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1.- LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS O ADR (ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION).....	135
2.- EL ORIGEN DE LOS ADR: ESTADOS UNIDOS.....	142
3.- EL IMPULSO DE EUROPA A LOS ADR.....	147
3.1 LAS RECOMENDACIONES DEL CONSEJO DE EUROPA.....	147
3.2 LA APORTACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA	148
3.2.1 El Libro Verde	151
3.2.2 El Código Europeo de Conducta para Mediadores	154
3.2.3 La Propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles	155
3.2.4 La Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles	158
3.2.5 Otras normas europeas sobre ADR	166
4.- LOS PRINCIPALES MECANISMOS AUTOCOMPOSITIVOS DE GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	169
4.1 NEGOCIACIÓN	170
4.2 CONCILIACIÓN	174
4.2.1 Aproximaciones doctrinales a la distinción entre conciliación y mediación	175
4.2.2 Diferencias entre conciliación y mediación en el sistema español	179
4.2.3 Las referencias a la conciliación en el sistema jurídico español	180
4.2.4 La conciliación en otros ordenamientos.....	183
4.3 MEDIACIÓN.....	189
4.3.1 Concepto y notas características	189
4.3.2 La mediación en otros países	192
5.- OTROS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	209
5.1 MEDARB.....	210
5.2 FACILITACIÓN.....	217
5.3 EVALUACIÓN NEUTRAL O EVALUACIÓN DE EXPERTOS	218

5.4 ADJUDICACIÓN.....	221
5.5 PARTNERING.....	222
5.6 MINI-TRIAL O MINI-JUICIO.....	223
5.7 SUMMARY JURY TRIAL.....	225
5.8 PRIVATE JUDGING.....	227
5.9 SPECIAL MASTER.....	228
5.10 OMBUDSMAN.....	228

CAPÍTULO III

LA INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL AL SISTEMA DE JUSTICIA

1.- MEDIACIÓN: CONCEPTO Y CUESTIONES TERMINOLÓGICAS.....	231
1.1 UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LOS ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LA MEDIACIÓN.....	231
1.2 CUESTIÓN TERMINOLÓGICA FUNDAMENTAL: "MEDIACIÓN JURÍDICA"....	234
2.- MARCO LEGAL DE LA MEDIACIÓN	236
2.1 ÁMBITO AUTONÓMICO	237
2.1.1 El contexto de la aparición de la normativa autonómica sobre mediación: los conflictos de familia	237
2.1.2 Los instrumentos legislativos autonómicos existentes	240
2.2 ÁMBITO ESTATAL.....	244
2.2.1 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género	245
2.2.2 Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil en materia de separación y divorcio	248
2.2.3 Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 19 de febrero de 2010	252
2.2.4 Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 8 de abril de 2011	256
2.2.5 Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles	260
2.2.6 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	266
2.2.7 Proyecto de Real Decreto por el que desarrolla la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores, de 31 de julio de 2012.....	275
2.2.8 Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores, de 13 de noviembre de 2012.....	279

2.2.9 Proyecto de Real Decreto por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 28 de noviembre de 2013	284
2.2.10 Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles	288
A. Formación del mediador.....	288
B. Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación.....	290
C. El seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente de los mediadores e instituciones de mediación.....	297
D. El procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos	298
3.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL.....	300
3.1 ÁMBITO TERRITORIAL: CONFLICTOS TRANSFRONTERIZOS Y CONFLICTOS NACIONALES.....	300
3.2 ÁMBITO MATERIAL: ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES Y DERECHOS Y MATERIAS DE LIBRE DISPOSICIÓN	302
3.3 MATERIAS EXCLUIDAS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 5/2012	304
3.3.1 La mediación penal	305
3.3.2 Mediación y conflictos con la Administración.....	306
3.3.3 La mediación laboral	309
3.3.4 Mediación en el ámbito del consumo.....	311
3.4 ÁMBITOS ADECUADOS PARA LA MEDIACIÓN	315
3.4.1 Mediación familiar	316
3.4.2 Mediación en ámbitos específicos.....	323

CAPÍTULO IV

ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL SISTEMA DE MEDIACIÓN

1.- PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN	327
1.1 VOLUNTARIEDAD.....	328
1.2 IGUALDAD DE LAS PARTES.....	341
1.3 IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD.....	344
1.4 CONFIDENCIALIDAD	350
1.5 FLEXIBILIDAD.....	361
1.6 CARÁCTER PERSONALÍSIMO.....	365
1.7 BUENA FE.....	368
2. EL ESTATUTO DEL MEDIADOR.....	372
2.1 CONDICIONES PARA EJERCER DE MEDIADOR.....	374
2.1.1 La cualificación del mediador como criterio de calidad de la mediación	374
2.1.2 Requisitos para ser mediador en el derecho comparado	375

2.1.3 Requisitos para ser mediador en España.....	379
2.1.4 La formación del mediador como requisito fundamental	381
A. Su regulación en el ámbito autonómico.....	382
B. La regulación de la normativa estatal.....	385
2.2 <i>MEDIADOR E INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN</i>	393
2.2.1 El papel de las instituciones de mediación en la consolidación de la mediación civil y mercantil.....	393
2.2.2 Instituciones de mediación y mediadores: una relación de co-dependencia.....	394
2.3 <i>CALIDAD Y AUTORREGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN</i>	400
2.3.1 Criterios de calidad de la mediación	401
2.3.2 Supervisión de la labor de los mediadores.....	403
2.4 <i>ACTUACIÓN DEL MEDIADOR</i>	406
2.4.1 La configuración de la función del mediador.....	406
2.4.2 Desarrollo de la labor del mediador.....	409
2.4.3 Estilos de mediación.....	412
2.4.4 La posibilidad del mediador de poner fin al procedimiento de mediación	414
2.5 <i>RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIADORES Y DE LAS INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN</i>	416
2.5.1 Responsabilidad contractual y profesional de los mediadores	416
2.5.2 Responsabilidad disciplinaria y penal de los mediadores.....	420
2.5.3 Responsabilidad de las instituciones de mediación.....	420

CAPÍTULO V

EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

1.- EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN	423
1.1 <i>MEDIACIÓN: UN PROCEDIMIENTO FLEXIBLE</i>	423
1.2 <i>MEDIACIÓN: UN PROCEDIMIENTO ESTRUCTURADO</i>	424
2. LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN	431
2.1 <i>SOLICITUD DE INICIO</i>	431
2.1.1 Cláusulas de sometimiento a mediación	433
2.1.2 Efectos de la presentación de la solicitud de mediación.....	436
A. Imposibilidad de ejercitar otro tipo de acciones judiciales o extrajudiciales.....	436
B. Suspensión del proceso judicial.....	440
C. Suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.....	441
2.2 <i>INFORMACIÓN Y SESIÓN INFORMATIVA</i>	443
2.2.1 Importancia y contenido de la sesión informativa	444
2.2.2 Citación de las partes a la sesión informativa	448

2.2.3 Modalidades de sesión informativa.....	449
2.3 <i>SESIÓN CONSTITUTIVA</i>	451
2.3.1 Función de la sesión constitutiva	451
2.3.2 Contenido de la sesión constitutiva.....	452
2.4 <i>DESARROLLO DE LAS SESIONES DE MEDIACIÓN</i>	457
2.4.1 La flexibilidad como eje fundamental de las actuaciones del mediador	457
2.4.2 La actuación del mediador durante el desarrollo del procedimiento de mediación	459
A. Encuentro inicial	459
A.1 Reuniones conjuntas y entrevistas individuales.....	460
A.2 Objetivos del encuentro inicial.....	464
B. Búsqueda de los intereses de las partes	467
C. Creación de opciones.....	468
2.4.3 Mediación y uso de medios electrónicos	470
A. El impacto de la “Sociedad de la Información” en la mediación.....	470
B. El procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos contemplado en el Real Decreto 980/2013.....	472
C. Requisitos para un buen funcionamiento de la mediación online.....	474
2.5 <i>FIN DEL PROCESO DE MEDIACIÓN</i>	481
2.5.1 Finalización del proceso sin acuerdo.....	482
A. Por abandono unilateral del proceso	483
B. Por transcurso del plazo máximo acordado.....	483
C. Por decisión del mediador	485
2.5.2 Consecuencias de la finalización del procedimiento de mediación ..	487
2.5.3 Finalización del proceso con acuerdo.....	489
2.6 <i>EL ACUERDO DE MEDIACIÓN</i>	490
2.6.1 Naturaleza jurídica, requisitos formales y contenido mínimo.....	490
2.6.2 Carácter vinculante del acuerdo de mediación.....	497
2.6.3 Nulidad del acuerdo de mediación	499
2.6.4 Eficacia y ejecutividad del acuerdo de mediación	500
A. Mediación extrajudicial: elevación a escritura pública.....	502
B. Mediación intrajudicial: homologación judicial.....	509
2.6.5 Ejecución de los acuerdos de mediación	511
A. Competencia para ejecutar los acuerdos.....	511
B. Procedimiento de ejecución de los acuerdos de mediación.....	513
C. Ejecución en conflictos transfronterizos	518

CAPÍTULO VI

MEDIACIÓN CONECTADA A LOS TRIBUNALES

1.- MEDIACIÓN Y PROCESO JUDICIAL. MEDIACIÓN CONECTADA CON LOS TRIBUNALES.....	523
1.1 <i>MEDIACIÓN COMO COMPLEMENTO A LOS TRIBUNALES EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA</i>	523
1.2 <i>LA RELACIÓN DE LA MEDIACIÓN CON EL PROCESO</i>	526
1.3 <i>LA MEDIACIÓN VINCULADA A LOS TRIBUNALES EN EEUU</i>	528
2.- CONCEPTO Y VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN CONECTADA CON LOS TRIBUNALES.....	530
3.- OBJETIVOS DE LA MEDIACIÓN CONECTADA CON LOS TRIBUNALES	533
4.- SITUACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN CONECTADA CON LOS TRIBUNALES	536
5.- ACCESO A LA MEDIACIÓN.....	544
6.- INTERVINIENTES EN LA MEDIACIÓN CONECTADA CON LOS TRIBUNALES	547
6.1 <i>LAS PARTES</i>	547
6.2 <i>EL PAPEL DEL MEDIADOR</i>	548
6.2.1 El mediador en conflictos judicializados	548
6.2.2 Los mediadores en programas conectados a los tribunales en Estados Unidos	551
6.2.3 El perfil del mediador	554
6.3 <i>EL JUEZ EN LA MEDIACIÓN</i>	556
6.4 <i>EL ABOGADO EN LA MEDIACIÓN VINCULADA A LOS TRIBUNALES</i>	568
6.5 <i>MEDIACIÓN Y OTROS OPERADORES JURÍDICOS</i>	579
6.5.1 El Secretario Judicial y la mediación	579
6.5.2 El Ministerio Fiscal en la mediación.....	586
7.- LA DERIVACIÓN A MEDIACIÓN	587
7.1 <i>OBLIGATORIEDAD O VOLUNTARIEDAD DE LA MEDIACIÓN</i>	587
7.2 <i>SELECCIÓN DE CASOS SUSCEPTIBLES DE MEDIACIÓN</i>	608
7.2.1 Conflictos familiares.....	613
7.2.2 Conflictos civiles	622
7.2.3 Conflictos mercantiles	626
A. La mediación en procesos relativos a empresa familiar	631
B. La mediación concursal.....	632
7.3 <i>MOMENTO DE DERIVACIÓN A MEDIACIÓN</i>	637
7.4 <i>FORMA DE DERIVACIÓN</i>	645
8.- GARANTÍAS EN LA MEDIACIÓN: EL CONTROL DE SU CALIDAD	649
CONCLUSIONES	659
BIBLIOGRAFÍA.....	669

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ABA: American Bar Association

ACAS: Advisory Conciliation and Arbitration Service

ADR: Alternative Dispute Resolution

Art.: artículo

ASEC: Acuerdos sobre Solución Extrajudicial de Conflictos

BOA: Boletín Oficial de Aragón

BOC: Boletín Oficial de Cantabria

BOCL: Boletín Oficial de Castilla y León

BOCM: Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

BOE: Boletín Oficial del Estado

BOIB: Boletín Oficial de las Islas Baleares

BOJA: Boletín Oficial de la Junta de Andalucía

BOPA: Boletín Oficial del Principado de Asturias

BOPV: Boletín Oficial del País Vasco

CC: Código Civil

CE: Comunidad Europea

CE: Constitución Española

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

CMC: Civil Mediation Council

Coord.: Coordinador

CUEMYC: Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto

D: Decreto

Dir.: Director

DNI: Documento Nacional de Identidad

DOCM: Diario Oficial de Castilla-La Mancha

DOGA: Diario Oficial de Galicia

DOGC: Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya

DOGV: Diario Oficial de la Comunitat Valenciana

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

ECODIR: Electronic Consumer Dispute Resolution Platform

Ed.: Edición

ECTS: European Credit Transfer System

EEUU: Estados Unidos

EGZPO: Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung (Ley de Introducción al Código de Procedimiento Civil Alemán)

EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

FGG: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Ley de asuntos relativos a la jurisdicción voluntaria)

FMC: Family Mediation Council

GEMME: Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación

Ibíd.: en el mismo lugar, igual que la referencia anterior

LA: Ley de Arbitraje

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrim.: Ley de Enjuiciamiento Criminal

Lgs.: Legislativo

LM: Ley de Mediación

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LPL: Ley de Procedimiento Laboral

LSC: Legal Services Commission

MARC: Métodos Alternos de Resolución de Conflictos

MASC: Métodos Alternativos de Solución de Conflictos

MEDARB: Mediación-Arbitraje

NIF: Número de Identificación Fiscal

Núm.: Número

ODR: Online Dispute Resolution

OMIC: Oficina Municipal de Información al Consumidor

Op. cit.: Obra citada

Pág.: Página

PNPM: Puntos Neutros para la Promoción de la Mediación

RAC: Resolución Alternativa de Conflictos

SIMA: Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje

SMAC: Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TARC: Técnicas Adecuadas de Resolución de Conflictos

UE: Unión Europea

UNCITRAL: United Nations Comission for the Unification of International Trade Law

UNIM: Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia

Vid.: Ver

Vol.: Volumen

ZPO: Zivilprozessordnung (Código de procedimiento civil)

INTRODUCCIÓN

El conflicto es inherente a la vida en sociedad, pero la convivencia social no se puede instalar de forma permanente en el conflicto, por tanto cuando surgen enfrentamientos y tensiones que perturban las relaciones entre los miembros de la comunidad y, por tanto, la paz social, se hace necesario instalar mecanismos que permitan restaurar la misma, pues así como el conflicto es inevitable, su falta de solución no puede serlo¹.

Esta necesidad de pacificación ha llevado a las sociedades a lo largo de la historia a la búsqueda permanente de diferentes sistemas o vías de composición de conflictos. Desde la forma más básica que consistía en la imposición de la solución por parte del más fuerte, se fue evolucionando hacia métodos donde la solución ya no se hacía depender de una sola de las partes, sino que eran éstas las que de mutuo acuerdo intentaban buscar una solución de forma consensuada o bien delegaban la misma en un tercero.

En las sociedades modernas la vía habitual utilizada por los ciudadanos para resolver sus problemas ha sido el proceso, la tutela jurisdiccional otorgada por el Estado como realización del ordenamiento jurídico por él establecido.

Esta tendencia ha permanecido invariablemente en el tiempo y las sociedades han delegado en el Estado la responsabilidad de resolver todas sus necesidades y todos sus conflictos. El derecho a la solución de los conflictos es una exigencia a la que los Estados han respondido básicamente mediante la puesta a disposición de los ciudadanos de procedimientos judiciales, que en ocasiones resultan muy costosos y no demasiado rápidos y eficientes.

A medida que las sociedades han ido avanzando y se han desarrollado, a su vez se ha ido generando una mayor conflictividad, tanto por las relaciones de naturaleza individual, como de naturaleza colectiva o plural. Sin embargo los métodos para

¹ Vid. MORENO CATENA, V., CORTES DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 35.

hacer frente a dichos conflictos no han ido avanzando con la misma rapidez que éstos, no se han adaptado a cada momento, a cada situación, a cada tipo de conflicto.

El constante incremento de las relaciones internacionales, la mayor complejidad de las relaciones sociales, la utilización de las emergentes tecnologías en las relaciones comerciales y personales, la protección de nuevos ámbitos y sectores (comercio electrónico, medio ambiente, responsabilidad civil, consumidores, telecomunicaciones, relaciones comunitarias etc.), ha propiciado un excesivo papel intervencionista o proteccionista del Estado, que se ha traducido en una desmesurada proliferación de normas y disposiciones legales que, lejos de solucionar toda situación de conflicto, ha coadyuvado a incrementar el índice de litigiosidad y, en consecuencia, el de judicialización de los conflictos, lo que ha llevado a la demanda de tutela de Justicia al colapso y a la ineficiencia, mostrando la insuficiencia y obsolescencia, en ocasiones, de los sistemas clásicos de resolución de conflictos.

Desde hace ya unas décadas, están cobrando especial protagonismo los llamados “métodos alternativos de solución de conflictos” de carácter extrajudicial. Su actual desarrollo y fortalecimiento en los diferentes países no ha obedecido exclusivamente a razones coyunturales, a fin de evitar cargas excesivas a los tribunales, sino que han existido otra serie de razones, como el cambio de cultura sobre la solución y tratamiento de los conflictos y una demanda social de Justicia que no podía satisfacer únicamente el proceso judicial.

La fundamental existencia del procedimiento jurisdiccional, no tiene por qué limitar o anular la posibilidad de utilizar otras vías de resolución de conflictos que, en ocasiones, pueden incluso resultar más adecuadas que el propio proceso, dependiendo de determinadas circunstancias y de la propia naturaleza del conflicto a tratar. El acceso a la Justicia ha de tener un contenido amplio y no limitarse al derecho de acceso a los tribunales.

De entre todos estos medios extrajudiciales de solución de conflictos, destaca la mediación que está adquiriendo una especial relevancia y significación,

precisamente por su adecuación a determinados conflictos y por las ventajas que ofrece frente al proceso judicial y otros mecanismos.

El presente trabajo de investigación aborda la incorporación de la mediación a nuestro sistema de Justicia al hilo de la aprobación de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* y del reciente *Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, que vienen a establecer el marco legal a nivel nacional en el que la mediación va a tener su desarrollo.

El trabajo se estructura en seis capítulos. En los dos primeros capítulos se hace un análisis de la evolución del sistema de Justicia hasta su configuración actual, así como las perspectivas de futuro del mismo, fruto de la incorporación de nuevos mecanismos de solución de conflictos. En los siguientes capítulos se aborda específicamente el estudio de la mediación civil y mercantil como método autónomo de gestión y resolución de conflictos, su marco legal – tanto autonómico como estatal–, el ámbito de aplicación delimitado por la Ley 5/2012, así como los diferentes elementos estructurales que integran el sistema de mediación –sus principios informadores, el estatuto del mediador, las instituciones de mediación o el tema de la posible responsabilidad–, se analiza igualmente el procedimiento de mediación, para concluir en el último capítulo con la mediación conectada con los tribunales y su incardinación, por tanto, en el marco de un proceso judicial abierto.

Se podría señalar, pues, que el trabajo presenta dos partes diferenciadas. Una primera relativa a las diferentes formas de abordaje de los conflictos jurídicos, desde las primitivas fórmulas de autotutela hasta los más novedosos métodos de gestión como la mediación o el medarb, analizándose la situación actual de la Justicia en España y en otros países, así como los principales problemas que presenta y la conveniencia de incorporar nuevas vías que puedan ofrecer al ciudadano soluciones más adecuadas que el modelo adversarial clásico representado por el proceso judicial. Y, una segunda parte dedicada exclusivamente al estudio de la mediación en el ámbito civil y mercantil, desde su concepto, características, ventajas y principios, hasta su desarrollo normativo y su

incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, así como el encaje procesal de la mediación en el marco del proceso judicial.

En el primer capítulo se parte del conflicto como base de la intervención en la regulación de las relaciones sociales y de cómo los Estados hicieron del Derecho la respuesta a los desequilibrios surgidos en dichas relaciones. Se estudian igualmente las diferentes vías de composición de conflictos: la autotutela, las diferentes fórmulas autocompositivas, así como los dos mecanismos heterocompositivos clásicos –el arbitraje y el proceso judicial–.

Abordaré igualmente en este primer capítulo, una de las ideas principales del presente trabajo que es la existencia de una tutela jurídica más allá de la mera tutela jurisdiccional. Intentaré justificar la necesidad de ir evolucionando hacia un sistema de Justicia más avanzado, donde el proceso judicial, pese a ser parte fundamental e imprescindible de dicho sistema, no sea la única vía a la que pueda recurrir el ciudadano cuando tenga que resolver un conflicto, abogándose por la existencia de otras fórmulas, alternativas en unos casos y complementarias en otros, de gestión y resolución de dichos conflictos. El acceso a la Justicia ha de tener un contenido amplio y no limitarse al derecho de acceso a los tribunales. La tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos no ha de ser exclusiva de los Tribunales de Justicia, si bien éstos han de ser el último baluarte al que podrán acudir.

Para llegar a dicha conclusión se efectúa un análisis de la situación de la Administración de Justicia en la actualidad, de la negativa imagen que el ciudadano tiene de la misma, así como de los problemas estructurales que viene arrastrando desde hace años, los cuales, además, se han visto agravados en los últimos años con la crisis económica que ha venido a agudizar su, ya de por sí, preocupante estado.

La imagen que el ciudadano tiene de la Justicia no es buena. Además, los problemas, muchos de ellos relativos a la mala gestión de los recursos existentes y a la escasa eficiencia entre la oferta y la demanda, no son sólo percibidos por la sociedad, sino también por todos los operadores jurídicos que participan en su administración. Esta alarmante situación de la Administración de Justicia viene a justificar la conveniencia de incorporar a nuestro ordenamiento nuevas vías

alternativas de solución de conflictos y a tal fin se alude a las ventajas que dichas vías ofrecen, como los incentivos de carácter económico, la mayor eficacia y cumplimiento de los acuerdos alcanzados a través de dichas fórmulas, y, sobre todo, su mayor adecuación a un buen número de conflictos ofreciendo soluciones más acordes a los verdaderos intereses de las partes que las que podrían obtener a través de una resolución judicial.

Ahora bien, los métodos alternativos no han de ser vistos como un remedio a los actuales males de la Justicia, se trata de mecanismos autónomos de pacificación social y, por tanto, han de considerarse como medios independientes de acceso a la Justicia. La existencia de otras vías distintas a la judicial y su debida implementación, guiada por la convicción de encontrar mejores y más efectivas soluciones a los conflictos va a permitir mejorar la mala percepción que del sistema de Justicia, además de complementar y mejorar a éste.

Los ciudadanos han de tener el derecho y la opción, como afirmación de su autonomía de la voluntad, a elegir, en cualquier caso, aquel mecanismo de solución de conflictos que mejor pueda satisfacer sus necesidades e intereses. La utilización de estos métodos complementarios o alternativos de solución de conflictos ha de configurarse como un derecho fundamental del ciudadano incardinado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, en la más amplia acepción de éste.

Por último, se analizan en este primer capítulo las distintas resistencias a su implantación que van a encontrar estas fórmulas alternativas de solución de conflictos, provenientes tanto de los abogados que pueden percibir las mismas como una amenaza a su labor profesional y, por ende, a los ingresos económicos que perciben por su trabajo, como de los jueces quienes por razones de tradición jurídica y cierto inmovilismo aún desconfían de estos nuevos métodos, e igualmente desde los propios justiciables que, básicamente, por desconocimiento recelan de la viabilidad y eficacia de los mismos.

Se necesita un cambio de mentalidad que facilite que la sociedad perciba la utilización de los métodos alternativos de solución de conflictos con las mismas garantías que les ofrecen los Tribunales.

En pleno siglo XXI hay que asumir que la sociedad ha cambiado sustancialmente y que está capacitada para demandar que el Estado no monopolice a través del proceso la solución de todos los problemas de los ciudadanos. El ciudadano ha de recuperar el protagonismo que le corresponde dentro del sistema de Justicia y ser partícipe activo en la búsqueda de aquel medio de solución que mejor satisfaga sus intereses cuando tenga que afrontar un conflicto.

En el segundo capítulo se abordan en profundidad los diferentes métodos de solución de conflictos y la regulación y desarrollo de los mismos, tanto en Estados Unidos, país donde nacieron la mayoría de estos mecanismos y donde mayor desarrollo han alcanzado, como en otros países de nuestro entorno, destacando igualmente el impulso ofrecido desde las distintas instituciones europeas que llevó finalmente a la aprobación de la *Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, norma que plantea por primera vez el establecimiento de una legislación marco en mediación para todos los Estados de la Unión Europea.

Se incide en este capítulo especialmente en las diferencias y peculiaridades de los tres principales métodos autocompositivos de solución de conflictos –negociación, conciliación y mediación–, pero también se estudian otros mecanismos, como el medarb, la facilitación, la evaluación de expertos, el partnering, etc., que a pesar de no ser aún muy conocidos en nuestro país probablemente tengan expectativas en un futuro no lejano de ir incorporándose progresivamente al elenco de métodos de solución de conflictos a disposición de los ciudadanos y de las personas jurídicas.

En el tercer capítulo se trata ya específicamente la incorporación de la mediación civil y mercantil al sistema de Justicia. La mediación está cobrando especial significación, mostrándose en la actualidad como el método alternativo de solución de conflictos más importante y más ampliamente utilizado.

Se comienza analizando el concepto y las diferentes cuestiones terminológicas relativas a la mediación, incidiéndose en la mediación jurídica. A continuación, se aborda el marco legal de la mediación, tanto la legislación autonómica sobre la materia, como las diferentes referencias legislativas en nuestro ordenamiento jurídico estatal a dicha figura, desde su prohibición en la *Ley 1/2004, de 28 de*

diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, hasta su específica regulación en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el posterior Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, pasando por los diferentes proyectos legislativos de ambos textos, analizándose igualmente la diferente regulación contenida en todos ellos sobre determinadas cuestiones relevantes como la voluntariedad u obligatoriedad del intento de mediación en determinados supuestos, la formación del mediador, la calidad de la mediación o la eficacia de los acuerdos logrados en la misma.

Precisamente, uno de los principales problemas hasta la aprobación de la Ley 5/2012, había sido la dispersión normativa y la ausencia de una norma estatal que completase la normativa estatal y que viniese además a asegurar su coherencia y encaje con la normativa procesal. La aprobación de la Ley y del Real Decreto ha venido a conformar definitivamente el régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en nuestro país.

Por último, en este capítulo se trata el ámbito de aplicación de la mediación civil y mercantil, tras la aprobación de la Ley 5/2012, excluyéndose del mismo los asuntos laborales, los temas penales, los conflictos en los que sea parte la Administración y los asuntos de consumo, si bien dichas exclusiones no se realizan porque no se pueda mediar en dichas materias, sino porque se reserva la regulación de la misma a sus respectivos ámbitos sectoriales.

Sí es de aplicación la Ley a los conflictos que versen sobre cuestiones de Derecho de familia, salvo aquellas cuestiones que no tengan carácter dispositivo para las partes, aunque como analizaremos la regulación efectuada en la Ley difiere en distintos aspectos de la contenida en diversas normas autonómicas sobre esta materia.

En el capítulo cuarto se estudian diferentes elementos estructurales de la mediación y la regulación que de los mismos se ha efectuado en la Ley 5/2012. Así, se comienza analizando los distintos principios informadores de la mediación.

Respecto de la voluntariedad, el legislador finalmente ha optado por contemplarla con carácter general y absoluto, frente a lo establecido en algunos proyectos legislativos previos o frente a lo que se ha regulado en otros países de nuestro entorno, como Italia, que ha contemplado la obligatoriedad del intento de mediación en determinados supuestos establecidos expresamente en la Ley. A pesar de esta voluntariedad, nuestro legislador ha previsto determinadas situaciones donde la misma puede quedar un tanto controvertida, como se estudia en su momento.

Otro de los principios básicos es la imparcialidad del mediador, se analiza su importancia, así como la diferencia con la neutralidad y los supuestos en los que el mediador tiene la obligación de poner en conocimiento de las partes la existencia de alguna causa que pueda poner en cuestión dicha imparcialidad.

Se aborda igualmente el tratamiento que de otro principio fundamental se hace en la Ley, cuál es la confidencialidad de la mediación y, en este sentido, se pone de manifiesto la insuficiente precisión con que la misma ha sido finalmente contemplada, así como los problemas de aplicación que dicha deficiencia puede suscitar en la práctica.

También se contemplan otros principios informadores de la mediación como la igualdad de las partes, la flexibilidad, el carácter personalísimo o la buena fe.

Se hace especial incidencia en este capítulo en el tema del estatuto del mediador y, en particular, en la cualificación profesional del mismo como criterio de calidad de la propia institución de la mediación. Se abordan las diferentes posiciones doctrinales al respecto, así como los requisitos y condiciones finalmente exigidos por la Ley y el Real Decreto para el desempeño profesional de la labor de mediador, si bien hay cuestiones que han suscitado polémica que no han sido definitivamente contempladas o resueltas por la citada normativa estatal.

A continuación se estudia el importante papel que van a desempeñar las instituciones de mediación en el diseño definitivo e implementación de la mediación en nuestro sistema de Justicia, actuando no sólo como actores necesarios en la debida puesta en marcha e implementación de la mediación, sino

también como garantes de la calidad de la misma, papel que les ha sido atribuido por el Real Decreto 980/2013.

Se trata igualmente en este capítulo de la actuación del mediador, contemplándose en la Ley un perfil activo orientado en todo momento a facilitar la búsqueda del acuerdo entre las partes, lo que casa perfectamente con la filosofía de la Ley 5/2012, concebida fundamentalmente para ser de aplicación a temas de carácter comercial y mercantil, pero esta forma de actuar no encaja tan bien en la mediación en asuntos familiares. En cualquier caso, la flexibilidad de la mediación comprende también la figura del mediador, quien, por tanto, habrá de adaptar su forma de actuar en función de la naturaleza y de las circunstancias del asunto a mediar.

Por último, en este capítulo cuarto se analiza la responsabilidad de los mediadores y de las instituciones de mediación, así como la obligación prevista legalmente de tener un seguro obligatorio o garantía equivalente que cubra dicha responsabilidad.

En el capítulo quinto se estudia el procedimiento de mediación. La mediación, pese a su predicada flexibilidad y a no disponer de una estructura formal rígida y predeterminada, sí que dispone de una serie de fases que además han sido expresamente contempladas en la Ley 5/2012. Partiendo de la solicitud de inicio, se analizará la eficacia de las cláusulas de sometimiento a mediación a las que el legislador ha querido otorgar una eficacia mayor que la que realmente pueden desplegar en la práctica, si bien pueden servir para ayudar a difundir el conocimiento y utilización de la mediación. Se tratarán igualmente los efectos procesales que provoca la solicitud de inicio del procedimiento de mediación, destacando la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad para el ejercicio de acciones judiciales frente a la regla general de su interrupción.

Tras la solicitud de inicio de la mediación, que puede llevarse a cabo por ambas partes de mutuo acuerdo, por una de ellas en cumplimiento de una cláusula de sumisión expresa firmada por las mismas, o bien por sugerencia del órgano jurisdiccional que esté conociendo del proceso –si la mediación se inicia una vez comenzado éste–, las partes habrán de acudir a una primera sesión informativa

donde serán informadas adecuadamente de los principios y fines de la mediación, así como de las ventajas que pueden obtener, el papel que desempeña el mediador, algunas notas básicas sobre el procedimiento a desarrollar, así como la eficacia de los acuerdos a alcanzar, en su caso.

Si las partes deciden, tras la sesión informativa, iniciar el procedimiento de mediación propiamente dicho dispondrán de un plazo de quince días para proceder a la firma del acta de la sesión constitutiva, donde habrán de detallarse una serie de datos y cuestiones que serán analizados oportunamente. Acto seguido se daría inicio a las sesiones de mediación que sean necesarias, donde el mediador haciendo uso las técnicas y herramientas de este método intentará gestionar de forma constructiva el conflicto entre las partes a fin de ir eliminando las diferencias entre las mismas para llevarlas a la solución que ambas acuerden.

Por último, se abordará la finalización del procedimiento de mediación y se estudiará con mayor profundidad el acuerdo de mediación, su naturaleza jurídica, contenido, requisitos y eficacia, así como la potestad de las partes de dotar al mismo de carácter ejecutivo habiendo de acudir para ello a un notario a fin de que éste proceda a la elevación a escritura pública del acuerdo alcanzado, o bien solicitando del juez su homologación si dicho acuerdo tuvo lugar en el marco de una mediación producida por derivación del propio órgano jurisdiccional.

Se tratará igualmente el uso de medios electrónicos en el procedimiento de mediación y el tratamiento que dicha cuestión se ha efectuado en la Ley 5/2012 y en el posterior Real Decreto 980/2013.

En el capítulo sexto y último del presente trabajo, se estudiará la mediación como complemento al sistema judicial. La mediación no pretende sustituir al proceso judicial, como se ha pretendido hacer creer desde algunos sectores críticos con dicha institución, sino simplemente ofrecer una vía distinta de solución del conflicto que en determinadas ocasiones, como ya he señalado, puede resultar más adecuada que el propio proceso judicial, incluso cuando éste ya haya sido iniciado.

En este sentido, se analizará en este capítulo la relación de la mediación con el proceso, sus principales objetivos y la situación actual de los distintos programas

de mediación conectada con los tribunales que se están llevando a cabo en nuestro país desde hace ya algunos años.

Se tratará igualmente el papel de los distintos actores intervinientes en la mediación conectada con los tribunales, desde las partes y el mediador hasta el trascendental protagonismo de los jueces y magistrados en la correcta implementación de estos programas, pasando por el no menos importante rol que van a desempeñar los abogados de las partes en litigio que sean derivadas a mediación. También se estudiará la relación del secretario judicial con la mediación y cómo estos pueden desempeñar un papel fundamental si en un futuro próximo se decide canalizar la mediación conectada con los tribunales a través de los servicios comunes procesales a cuyo frente van a figurar. Por último, se determinará el papel del fiscal en la mediación, si bien su importancia se circunscribe en el ámbito civil a los asuntos de familia en que sea parte.

En la parte final de este capítulo, y por tanto del trabajo, se analizan cuestiones importantes como si es conveniente dotar a jueces y magistrados de mayor poder a fin de que puedan derivar obligatoriamente a las partes a una sesión informativa de mediación; la importancia de una buena selección de los asuntos a derivar a mediación para que realmente los resultados obtenidos puedan ser los deseables y todos los implicados –partes, abogados, jueces y resto de operadores jurídicos– empiecen a confiar definitivamente en este método; la determinación del momento adecuado para remitir el asunto a mediación por parte del órgano judicial; las distintas formas de derivación; y por último, las garantías a adoptar, así como el necesario control de calidad que permita su correcta implementación y la subsanación de los errores iniciales que se puedan ir cometiendo.

Finalmente, para concluir el trabajo, se presentan las conclusiones a la que he llegado tras el estudio y análisis de los temas referidos anteriormente, significando mi plena convicción en la importancia que ha de tener la mediación civil y mercantil en el necesario proceso de evolución que precisa nuestro sistema de Justicia.

CAPÍTULO I

LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS COMO PARTE DEL SISTEMA DE JUSTICIA

1.- CONFLICTO Y DERECHO

1.1 EL CONFLICTO COMO BASE DE LA INTERVENCIÓN JURÍDICA EN LAS RELACIONES INTERPERSONALES

El conflicto es inherente a la naturaleza humana y está presente en la sociedad desde que la misma existe como tal. La sociedad no puede existir sin conflicto, una sociedad sin conflictos es sencillamente una utopía.

Como afirma MORENO CATENA, “la vida humana en sociedad no siempre transcurre por vías pacíficas, sino que las relaciones entre los diferentes miembros de una comunidad con frecuencia están marcadas por la tensión. Los seres humanos entran en contienda con sus semejantes por las más variadas razones, que va desde simples problemas derivados del carácter de dos sujetos, hasta disputas por el poder y la dominación en un ámbito social o político determinado”².

Se podría definir, así, el conflicto, como un proceso relacional entre dos o más personas en el que se producen relaciones de carácter contencioso o antagónico que generan competencia por la obtención de unos recursos u objetivos que se perciben como incompatibles.

En muchas ocasiones no es necesario que exista un motivo racional para que surja un conflicto, simplemente con que dos partes distintas interactúen y se relacionen puede ser suficiente para que éste aparezca. Estas situaciones van a conducir a un enfrentamiento entre las partes, el cual en ocasiones va a generar el único deseo en las mismas de neutralizar, perjudicar o eliminar al contrario en aras de la consecución de sus objetivos.

² MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op.cit., pág. 35.

Las disputas interpersonales suelen fundarse en la percepción de que una de las partes impide o dificulta la realización de los deseos, intereses o necesidades de la otra, estallando el conflicto cuando dichos deseos, intereses o necesidades son incompatibles³.

También puede surgir el conflicto cuando existe una divergencia de necesidades o de intereses entre las personas y no todos pueden ser satisfechos de igual manera, ya sea por la escasez de recursos, por la posesión de diferentes valores o creencias, por las expectativas creadas o por otra serie de múltiples razones⁴.

Para FAIRÉN GUILLÉN, “sobre una misma *cosa*, hay dos *versiones* diferentes en cuanto a sus relaciones con dos personas; cada una de ellas *pretende algode la cosa*. Si el conflicto permanece larvado, sin exteriorizarse por la actitud de los interesados no ocurre nada. (...) Pero si el conflicto se exterioriza, por un *gesto* de uno de los interesados, aparece la *pretensión*”, entendiendo como tal “el acto (u omisión) por el que una persona intenta subordinar un interés ajeno a otro propio. (...) Cabe la posibilidad de que la persona de la cual se pretende (la entrega de *la cosa*, una actuación u omisión, etc.) *resista a la pretensión*. Y con la conjunción de *pretensión*, más *resistencia* u *oposición* a la *pretensión*, se produce el proceso completo, que así, también se puede calificar como un *litigio*, un *conflicto que ha hecho crisis* por salir al exterior y producirse una oposición entre dos o más personas”⁵.

³ Según LEDERACH, la incompatibilidad de intereses, valores y deseos está siempre presente en el núcleo del conflicto. Véase, LEDERACH, J.P., *El abecé de la paz y los conflictos. Educación para la paz*, Catarata, Madrid, 2000, pág. 57.

⁴ Para CARNELUTTI, la causa de los conflictos está en el hecho de que las necesidades del hombre son ilimitadas, mientras que los bienes sobre los que recaen sus intereses son escasos. Vid. CARNELUTTI, F., *Sistema del Diritto Processuale Civile*, I, Padova, 1936, pág. 12.

⁵ FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990, págs. 22-23. Ya CARNELUTTI hablaba de *pretensión* como exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio. Señala el citado autor que “la misma palabra, en su valor semántico (de *prae-tendo*), sugiere la idea de una tensión, como de quien quiere ir adelante a pesar de los obstáculos. El obstáculo puede oponerse por aquel cuyo interés, según la pretensión, debería ser subordinado. Digo que puede oponerse, pero puede también no oponerse; éste puede someterse o puede resistir a la pretensión. Cuando a la pretensión se opone la resistencia, el conflicto degenera convirtiéndose en una *litis*”. CARNELUTTI, F., *Derecho y Proceso*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pág. 62. En el mismo sentido, GIMENO SENDRA apunta que “se entiende por litigio el conflicto de intereses caracterizado por la existencia de la *pretensión* de uno de los interesados y la *resistencia* de otro. Es, pues, un conflicto cualificado por la oposición de dos pretensiones contrapuestas”. GIMENO SENDRA, J. V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 21.

Como apunta MORENO CATENA, “en ausencia o escasez de reglas preestablecidas y vinculantes para organizar la convivencia, la libertad de cada individuo solo encuentra límites en la de los demás, lo que conduce a que el conflicto sea consustancial a la vida en sociedad, en pugna por una serie de recursos escasos, multiplicándose dichos conflictos a medida que son más las libertades individuales convergentes en el mismo ámbito”⁶.

Los conflictos, en ocasiones, se encuentran condicionados por el lugar y el tiempo, por lo que la idea o percepción de conflicto está en continua evolución, dependiendo de los valores, creencias, ideas, conductas o experiencias de la época y de la ubicación donde los mismos surgen y se desarrollan.

Estos condicionantes van a producir unos valores determinados por la cultura o la ideología de la sociedad que, a su vez, van a generar un mecanismo de autorregulación de los grupos sociales para homogeneizar los criterios individuales.

Según FENECH, “la observación de la realidad, histórica y presente, nos demuestra que los intereses y conductas de los individuos y los grupos o colectividades sociales pueden entrar en conflicto; la primera reacción humana, cuando tal conflicto se produce, es la de resolverlo apelando al uso de la fuerza. Tan pronto como dicho uso se reglamenta, es decir, en cuanto el hombre somete dicho uso a unas normas o reglas que disciplinan el inicio o terminación del empleo de la fuerza, el lugar y tiempo en que tal empleo puede realizarse, y los medios de que pueden valerse los contendientes para luchar, la contienda violenta como medio de resolver un litigio adquiere carácter de instituto que podría llamarse en cierto modo cultural, como producto de la inteligencia humana”⁷.

En este contexto, y dando por sentado que la existencia de conflictos es inevitable⁸, garantizar la paz social es presupuesto ineludible de cualquier sociedad porque

⁶ MORENO CATENA, V., “La resolución jurídica de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de Conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013, pág. 43.

⁷ FENECH, M., CARRERAS, J., *Estudios de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1962, pág. 66.

⁸ Según apunta MORENO MARTÍN, “en los foros académicos es difícil encontrar voces que defiendan hoy la idea de que los conflictos se pueden evitar. Existe abundante literatura sobre prevención de conflictos, pero no está orientada a la posibilidad de evitar la confrontación, la incompatibilidad y el malestar, sino a reducir sus expresiones violentas y desestabilizadoras.

sólo la ordenación pacífica de las relaciones, así como la debida garantía de los intereses individuales y colectivos, puede permitir la supervivencia y progreso de la misma⁹.

Por tanto, la presencia de los conflictos en la sociedad genera una serie de situaciones de enfrentamiento que de no ser abordadas debidamente pueden trastornar el correcto desarrollo de la convivencia.

1.2 RESPUESTAS ANTE LOS DESEQUILIBRIOS EN LAS RELACIONES SOCIALES: EL DERECHO

Existe una demanda de intervención en estos conflictos desde la propia sociedad, la cual exige soluciones o al menos la posibilidad de poder solucionarlos adecuadamente¹⁰.

Pero para ello se requiere un mínimo concierto de voluntades, una convergencia sobre como intentar resolver las discrepancias. El nacimiento de la sociedad civil está íntimamente vinculado a la idea de pacto, como instrumento al servicio de la paz, entendida como solución del conflicto con vocación de permanencia. Esta paz está dirigida a ordenar y reglamentar las controversias a partir de un orden que se considera como deseable por la propia sociedad¹¹.

Existe un acuerdo casi unánime en que los conflictos son inevitables". MORENO MARTÍN, F. "La Mediación y la evolución histórica de la idea de conflicto", en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de ? conflictos*, Cóllex, Madrid, 2010, pág. 27.

⁹ En este sentido, señala GIMENO SENDRA que "el nacimiento de un litigio entre los particulares o el de un conflicto entre la sociedad y alguno de sus miembros origina un estado de *insatisfacción* individual o colectiva. La paz social se ha alterado y urge equilibrar los intereses en pugna". GIMENO SENDRA, J. V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, op. cit., pág. 22.

¹⁰ En el mismo sentido, ROBLES GARZÓN señala que "la convivencia en sociedad trae consigo la necesidad de crear normas que reglamenten las relaciones sociales, jurídicas y de convivencia. No obstante, aun existiendo dichas normas, esto no impide que los miembros de la comunidad puedan transgredirla, ocasionando con ello un litigio, entendido como conflicto intersubjetivo de intereses en tanto que la existencia de la pretensión de uno de los interesados se va a encontrar con la resistencia del otro. Este litigio o conflicto provoca el quebranto de la paz social por lo que se hace necesario buscar mecanismos o sistemas que sirvan para devolver dicha paz a la comunidad". ROBLES GARZÓN, J.A., *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, Tecnos, 2008, Madrid, pág. 31.

¹¹ Véase, MORENO CATENA, V., "La resolución jurídica de conflictos", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 43.

De esta manera, se concretan las normas, leyes, costumbres y se institucionaliza la cultura o un determinado orden social. El conflicto es pues la base, el origen del Derecho y éste surgió como respuesta a la necesidad de organizar la convivencia entre los ciudadanos¹².

El Derecho nace, pues, de esta necesidad de reglamentar las controversias existentes entre las pretensiones de las distintas personas o grupos a fin de mantener el orden y la paz social. El Derecho, como conjunto de normas jurídicas que rigen en una sociedad, viene a ser, pues, la respuesta de una estructura política organizada a un concepto avanzado de relaciones sociales. A través del Derecho se van a establecer los principios básicos dentro de los cuales habrán de desenvolverse estas relaciones, regulando con mayor o menor detalle aquello que se puede y no se puede hacer. Igualmente, a través del Derecho se van a reconocer cuáles son los legítimos intereses que cada uno puede sostener y exigir, dando cobertura y seguridad a los mismos.

Por tanto, la seguridad es importante para la sociedad y para los miembros que la integran. Esta seguridad exige un orden preestablecido para poder predecir o pronosticar, dentro de ciertos márgenes, cuál será el resultado de un futuro litigio, entendido en el sentido apuntado anteriormente por CARNELUTTI, es decir como pretensiones contrapuestas que requieren de una solución¹³.

¹² Como señala CARNELUTTI, "cuando se habla de Derecho, se piensa en un ordenamiento de la sociedad humana". CARNELUTTI, *Derecho y Proceso*, op. cit., pág. 3. CARNELUTTI ve en todo negocio jurídico el arreglo de un conflicto de intereses, y en el conflicto la situación necesariamente previa a todo negocio. CARNELUTTI, *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1955, pág. 25.

¹³ A este respecto, MARTÍN DIZ viene a establecer también una precisión terminológica con respecto a los vocablos *conflicto* y *litigio*. Manifiesta el citado autor que "la controversia con repercusión jurídica, se califica vulgar e indistintamente unas veces como disputa, otras como conflicto y, en último término, como litigio. (...) Jurídicamente hablando estos conceptos no significan lo mismo y su utilización técnica debe diferenciarse. (...) Puede ser oportuna la utilización del término *conflicto* para catalogar y agrupar a los medios de resolución de controversias de carácter extrajudicial, en los cuales junto a una mayor o menor aplicación del Derecho se pueda recurrir a la aplicación de otra serie de técnicas no jurídicas. El conflicto encierra en sí mismo la oposición de intereses entre personas. Si estos intereses son tan incompatibles como para necesitar de una solución directa e inmediatamente jurídica, ante un tribunal, entonces ha de recurrirse, en puridad, a calificarlo como de *litigio*". MARTÍN DIZ, F., "La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de Administración de Justicia", en MARTÍN DIZ, F. (Coord.) *La Mediación en materia de Familia y Derecho Penal. Estudios y análisis*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, págs. 26-27. Para ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO "por litigio debe entenderse, sencillamente, el conflicto jurídicamente trascendente, que constituya el punto de partida o causa determinante de un proceso, de una

Ahora bien, vista la necesidad de ordenar las relaciones e interacciones entre los miembros de la sociedad, hay que tener en cuenta que el Derecho no es la única forma de hacerlo, puesto que, como pone de manifiesto OTERO PARGA, “el orden jurídico no es el único orden normativo que existe, aunque sin duda es uno de los más importantes, ya que vincula a todos los seres humanos con independencia de la aceptación del mismo o de su deseo de ser obligados”¹⁴.

En este sentido, MORENO CATENA afirma que “en la consideración normativa de los conflictos debe tenerse en cuenta que el Derecho es fundamentalmente un instrumento selectivo respecto de las relaciones sociales, de tal suerte que el principio de intervención mínima limita el ámbito de la norma a aquellos sectores, relaciones y situaciones sociales en las que la regulación jurídica resulta imprescindible para una adecuada garantía de la convivencia. Allí donde sea previsible que surja un conflicto en el que deba protegerse un interés prevalente será necesaria la norma jurídica. Será necesario que, de antemano, exista un pronunciamiento acerca del interés que recibirá una tutela especial”¹⁵.

Inciendiando en la misma idea, DÍEZ PICAZO sostiene que “el Derecho no es otra cosa que un modo de tratar de resolver tales conflictos, aunque no por supuesto el único modo. Las normas no ofrecen otra cosa que criterios, que no son nunca absolutamente rígidos, sino flexibles. Por decirlo de algún modo, las normas son las pistas que deben ser seguidas para resolver los conflictos de intereses. Desde

autocomposición o de una autodefensa”. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1991, pág. 18. También resulta interesante la visión que al respecto ofrece RAMOS MÉNDEZ para el que “el litigio no es más que la transposición al campo procesal de la dialéctica de la contradicción como método para analizar, gestionar y resolver algún problema. En este ejercicio intelectual el litigio es a la vez el *objeto* a solucionar cuanto el propio *método* que conduce a la solución. Al ciudadano, en el momento de someterse o hallarse inmerso en la organización de la convivencia, se le crean, entre otras, necesidades jurídicas de todo tipo: frente a otros ciudadanos, frente a la estructura del Estado, frente al mismo sistema procesal incluso. La respuesta a estas necesidades es la búsqueda del Derecho, o el derecho mismo como valor fundamental. La reacción esperada es la defensa de dichos valores que son los principios de la convivencia. El individuo, defendiéndose a sí mismo, realiza también los valores comunes, potencia en definitiva la sanidad del sistema”. RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, 8ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, pág. 30.

¹⁴ OTERO PARGA, M., “Las raíces históricas y culturales de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos, Madrid, 2007, pág. 172.

¹⁵ Véase, MORENO CATENA, V., “La resolución jurídica de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 44.

esta perspectiva, el Derecho no es una formalización abstracta y general, con un valor universal, que pretende ahormar las conductas humanas para que en el futuro se ajusten a unos modelos preestablecidos. Las normas no son algo a lo que la realidad debe ajustarse, sino simplemente instrumentos dinámicos para resolver los problemas que esa misma realidad plantea”¹⁶.

Una simple visión normativista del Derecho pudo tener plena vigencia en los orígenes del mismo, toda vez que se hacía preciso regular las relaciones sociales y sus disfunciones, pero en la actualidad aferrarse a ella carece de sentido, ya que se ajusta bastante poco a la realidad de las sociedades actuales.

Como apunta BARONA VILAR, “es innegable que a medida que las sociedades van avanzando y se van desarrollando, los individuos que la integran generan una mayor conflictividad, tanto por las relaciones de naturaleza individual, cualquiera que fuera su índole, como de naturaleza colectiva o plural. Ello lleva a una inevitable situación en la que aumenta la conflictividad tanto en cuanto a la cantidad, como respecto de la calidad de los conflictos. Y ello exige –y cuestiona en ciertos casos– que los cauces existentes para evitar y, en su caso, resolver los conflictos, también vayan adaptándose a cada momento, a cada situación, a cada tipo de conflicto y, por supuesto, aparezcan nuevas vías que ofrezcan un mayor abanico de posibilidades a los ciudadanos”¹⁷.

El incesante aumento de las relaciones internacionales, así como la mayor complejidad de las relaciones sociales y la utilización de las nuevas tecnologías en las relaciones comerciales y personales ha provocado que los Estados hayan intentado dar respuesta a través de una desmedida política legislativa que no ha solucionado el problema¹⁸.

¹⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, 3ª ed., Barcelona, 1993, pág. 11.

¹⁷ BARONA VILAR, S., “Solución extrajudicial de conflictos con *ojos de mujer*: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, en ETXEBARRÍA ESTANKONA, K. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir.), *La resolución alternativa de conflictos*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010, pág. 31.

¹⁸ Como señala BARONA VILAR, “esta situación ha provocado, a su vez, una extensión omnipresente de la regulación jurídica y con ella de una presencia ubicua del Poder Judicial, de los tribunales, que extienden sus tentáculos, en cuanto a ámbito de actuación se refiere, a todos los posibles espacios jurídicos. Es por ello que la regularización jurídica de todos los acontecimientos y actos de la vida han provocado un efecto expansivo de la tutela jurisdiccional. Las consecuencias del mismo, sin embargo, eran impredecibles y la inoperancia en ciertos casos del sistema judicial en

Tal y como pone de manifiesto RAMOS MÉNDEZ, el Derecho ha añadido la procesalización del litigio. Señala el citado autor que “de resultas del reparto de funciones en la organización de la convivencia, los litigios jurídicos aparecen *procesalizados*, es decir, se les ha sometido a reglas prefijadas, bien convencionalmente por los propios interesados, bien por el sistema estatal de justicia. Esta procesalización se ha afianzado durante años por diversos factores, como un absorbente intervencionismo del Estado, las debilidades estructurales de la sociedad civil (...) En este marco, no es de extrañar que se haya desembocado en una excesiva judicialización de la vida en sociedad que, de paso, consiente utilizar el sistema para otros fines distintos de los previstos. A medida que se organiza mejor la sociedad civil es el momento de revisar la venta y promoción de algunas verdades que parecían eternas. Asegurando la cobertura total del sistema a todos los usuarios y a todos los casos posibles, es suficiente propugnar el *mínimo de intervención judicial* en la mayor parte de materias posible. Algunas especialmente idóneas ya están suficientemente identificadas. Ello puede invertir la tendencia imperante y abogar por la desjudicialización de muchas actividades que pueden tener un tratamiento equivalente por otros mecanismos igualmente civilizados”¹⁹.

En este sentido, GIMENO SENDRA apunta que la función de resolver conflictos “a lo largo de la historia, ni siempre la han acometido los Juzgados y Tribunales, ni en la actualidad puede afirmarse que la asumen con absoluta exclusividad, pues, al menos, en todo lo referente a los conflictos intersubjetivos, o litigios, coexisten los métodos autocompositivos y equivalentes jurisdiccionales”²⁰.

su conjunto no se ha hecho esperar”. *Ibíd.*, pág. 33. En el mismo sentido, MEJÍAS GÓMEZ apunta que “ciertamente, en los últimos años y muy especialmente en la década de los ochenta, en España se ha observado un afán del Estado por intervenir en todo tipo de cuestiones e intentar asumir la respuesta a todo tipo de demandas sociales. Esto es sencillamente imposible e inviable. El Estado tiene un marco de actuación determinado, distinto evidentemente en el Estado Liberal que en el Estado Social y Democrático de Derecho, pero desde luego lo que no se puede, ni desde la perspectiva de los medios materiales o económicos, ni desde la de los medios humanos, es pretender ser la panacea a todos los problemas de los ciudadanos”. MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid, 2009, pág. 62.

¹⁹ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op. cit., pág. 30.

²⁰ GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2012, pág. 17.

2.- VÍAS DE COMPOSICIÓN DE CONFLICTOS

La ya comentada necesidad básica de pacificación ha llevado a las sociedades a lo largo de la historia a la búsqueda permanente de diferentes sistemas o vías de composición de conflictos.

Los conflictos pueden gestionarse de forma destructiva o disociativa, cuando las partes intentan resolver el mismo por su cuenta, llegando incluso al uso de la fuerza o de la violencia, o de forma constructiva o asociativa, cuando las partes están dispuestas a colaborar para la búsqueda de una solución que ponga fin al mismo²¹.

Las partes inmersas en un conflicto también pueden delegar en un tercero la responsabilidad de decidir sobre el mismo.

Tal y como señala ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “producido el litigio o conflicto entre dos esferas contrapuestas de intereses, cabe que se solvente por obra de los propios litigantes, o mediante la decisión imperativa de un tercero”²². Pero lo obvio, es que hay que dar solución al conflicto o al litigio y la sociedad ha de crear los mecanismos oportunos a fin de recuperar la paz social y solventar o equilibrar los intereses en pugna.

Como apunta MORENO CATENA, “el carácter imperativo del Derecho exige que cuando se crea un conflicto y los derechos e intereses que las normas jurídicas reconocen o atribuyen son desconocidos, discutidos o vulnerados, se establezcan en las propias normas los mecanismos de solución, y por más que deba primarse el entendimiento entre los contendientes, siempre que por la naturaleza del litigio sea posible – cuando se trate de derechos disponibles –, el Derecho ha de instituir

²¹ BELLOSO MARTÍN apunta que “el conflicto no es malo en sí, lo malo en muchas ocasiones es la forma en que pretendemos resolverlos (con violencia, con autoridad, por la fuerza, aprovechándonos de nuestra superioridad con respecto a la otra parte, buscando la eliminación del adversario). El conflicto, como las crisis, es consustancial al ser humano. La dificultad estriba en que el conflicto es un fenómeno multidimensional que requiere ser explicado desde una perspectiva multidisciplinar. Resulta necesario diferenciar la agresión o cualquier respuesta violenta de intervención en un conflicto, del propio conflicto”. BELLOSO MARTÍN, N., “Un paso más hacia la desjudicialización. La Directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista Eletronica de Direito Processual*, Vol. II, pág. 3.

²² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios diversos de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, pág. 55.

medios a través de los que se imponga una solución, que vienen obligados a acatar los sujetos enfrentados”²³.

Se conocen tradicionalmente tres modos diferentes de solución de conflictos, en función de si interviene un tercero en la gestión y decisión de los mismos y del papel que desempeñan los propios protagonistas, es decir las partes. Estos tres modos de solución de conflictos son la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición.

2.1 AUTOTUTELA

La primera de estas vías es la autotutela, es decir la imposición coactiva de una solución al conflicto por parte de uno de los contendientes sobre el otro o los otros. Por tanto, y siguiendo a ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, las dos notas definitorias de la autotutela son la ausencia de juez distinto de las partes y la imposición de la decisión por una de las partes a la otra²⁴.

Para FAIRÉN GUILLÉN, la autodefensa o autotutela “consiste en que uno de los sujetos en conflicto, sea un individuo, sea una persona jurídica, sea una masa indeterminada, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con otro sujeto (o los dos a la vez), a través de una *acción directa* en lugar de dirigir el instrumento adecuado hacia un tercero para que lo dirima”²⁵.

En las sociedades más primitivas la resolución de las disputas tenía lugar generalmente mediante el uso de la fuerza, como mecanismo que se utilizaba para hacer valer un derecho frente a quien intentase lesionarlo o vulnerarlo²⁶.

²³ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pág. 36.

²⁴ Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, op. cit., pág. 52.

²⁵ FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal...*, op. cit., pág. 19. En el mismo sentido, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO señala que “la autodefensa se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto (trátase de persona individual, asociación obrera o patronal, consorcio económico, partido político oficial, profesión o cuerpo, Estado nacional, etc.), y aun a veces los dos, como en el duelo o en la guerra, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro, mediante su acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso”. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, op. cit., pág. 50.

²⁶ Como pone de manifiesto CALAMANDREI “en una asociación primitiva, en la que no existía, por encima de los individuos, una autoridad superior capaz de decidir y de imponer su decisión, no se puede pensar, para resolver los conflictos de intereses entre coasociados, más que en dos medios: o en el acuerdo voluntario entre los dos interesados (*contrato*), dirigido a establecer

Según GIMENO SENDRA, “expresa la autotutela la natural reacción del sujeto lesionado en su interés que al acudir a ella se deja llevar por consideraciones emocionales y egoístas prescindiendo de toda idea de solidaridad social”²⁷.

Sin embargo esta “solución” alcanzada mediante la utilización de la violencia, no tiene carácter permanente sino transitorio, en la medida en que dicha solución se hace depender de un factor variable como la fuerza, que va a introducir elementos disgregadores en el grupo social, estimulando la reapertura del conflicto²⁸.

Se puede conseguir un efecto rápido, pero posiblemente el coste de dicha solución a medio plazo no va a compensar el efecto inmediato conseguido, toda vez que la parte que ha sido derrotada va a desarrollar una serie de sentimientos y comportamientos negativos hacia el vencedor que pueden dar lugar a nuevas situaciones de conflicto. Incidiendo en esta idea, señala ROBLES GARZÓN que “no obstante, a pesar de las ventajas que tiene este sistema – sobre todo la rapidez y la economía – tiene un grave inconveniente: quebrantada la tranquilidad social, ésta no queda restaurada por el hecho de haber alcanzado una solución. En efecto, esta solución no es la más justa, sino la que resulta de la imposición del más fuerte sobre el más débil”²⁹.

amistosamente cuál de los dos intereses opuestos debe prevalecer, o, cuando no se llegue al acuerdo voluntario, en el choque violento entre los dos interesados, cada uno de los cuales emplea frente al otro la propia fuerza individual para constreñirlo a abandonar toda pretensión sobre el bien discutido. Así como hoy, por faltar hasta ahora un poder supraestatal capaz de imponer con la fuerza las propias decisiones a los Estados, la *extrema ratio* para resolver los conflictos entre los Estados es la guerra, esto es, el recurso a la violencia armada, así, en la coasociación primitiva, el único medio de defensa del individuo (o del grupo) es el empleo de la fuerza material contra el competidor, para vencerlo, esto es, la llamada *autodefensa* o *defensa privada*, que transforma todo conflicto en una riña abierta”. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho procesal civil*, Vol. I, Buenos Aires, 1962, págs. 222 y 223.

²⁷ GIMENO SENDRA, J. V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, op. cit., pág. 22.

²⁸ Para GONZÁLEZ CANO, “el uso unilateral de la fuerza provoca un coste social muy alto como sistema de autotutela, autodefensa o autoayuda, y, además, no soluciona el conflicto de manera irrevocable o definitiva puesto que el fin de la discusión, alcanzado en definitiva mediante la imposición de la fuerza, nunca es definitivo ni seguro en el tiempo.” GONZÁLEZ CANO, I., “Los métodos alternativos de resolución de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit. pág. 131. En el mismo sentido, MORENO CATENA señala que “la autotutela es una forma *inestable* de resolver el conflicto, porque lo reabrirá cada vez que el orden de fuerzas vuelva a alterarse, a juicio de la parte a la que se impuso”. MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pág. 37.

²⁹ ROBLES GARZÓN, J.A., *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 32.

El mero recurso a la violencia en las relaciones sociales no implica que podamos calificar el mismo como un mecanismo de autotutela, sólo será tal cuando el mismo es definitivo y por tanto legitima la solución impuesta³⁰.

No es de extrañar que con la evolución de la sociedad, esta forma de afrontar los conflictos haya sido desdeñada y prácticamente apartada en su totalidad de las relaciones sociales y jurídicas³¹.

Para ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO “la autodefensa, que combina la parcialidad y el egoísmo, aparece desde el primer momento como una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo, y de ahí que, explícita o implícitamente, los ordenamientos jurídicos de los Estados merecedores de este nombre la prohíban como regla, aunque la consientan en situaciones excepcionales, y aun en ellas suele ser necesario un proceso ulterior, precisamente para declarar la licitud de la misma en el caso concreto”³².

³⁰Véase, MORENO CATENA, V., “La resolución jurídica de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 45.

³¹ A este respecto, GIMENO SENDRA apunta que “como consecuencia, pues, de los peligros que, para la sociedad, entraña este método de solución de conflictos, todos los ordenamientos internos suelen erradicarla, de un lado, prohibiendo la realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP) o tipificando el delito de coacciones (art. 172 CP) y, de otro, garantizando el derecho de tutela o de libre acceso de los ciudadanos a sus Tribunales (art. 24 CE). Vid. GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pág. 18. A pesar de ello siguen permaneciendo en nuestro ordenamiento jurídico algunas normas que permiten el uso de la autotutela en situaciones excepcionales. Por ejemplo en el ámbito del Derecho civil, el art. 592 CC permite cortar las raíces o ramas del árbol ajeno que invadan el fundo propio y art. 612 CC permite invadir fincas ajenas para perseguir el enjambre de abejas por parte del propietario de éste; en Derecho penal el art. 20.4 CP exime de responsabilidad criminal al que actúe en defensa propia de su persona o derechos, siempre y cuando se trate de una agresión ilegítima, que no haya existido provocación previa por parte del defensor y que el medio empleado para repeler la agresión haya sido adecuado y racional; en Derecho laboral el art. 28.2 CE permite a los trabajadores el derecho a la huelga o el cierre patronal en determinados supuestos. También en las relaciones internacionales, el Derecho Internacional permite algunas manifestaciones de autotutela como la ruptura de relaciones diplomáticas, la adopción de represalias o las sanciones internacionales a un determinado país.

³² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, op. cit., pág. 13. En este sentido, manifiesta también MARTÍN DÍZ, que “este mecanismo de solución de conflictos aparece permitido de forma muy excepcional y, además, con el necesario refrendo de un proceso ulterior en el cual se verifique su correcta y legítima aplicación al supuesto concreto, puesto que en caso contrario puede devenir en la exigencia de responsabilidad penal a quien contravenga la prohibición. Así en el CP, art. 455.1, se tipifica como delito la realización arbitraria (autodefensa) de un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleando violencia, intimidación o fuerza en las cosas.” Vid. MARTÍN DÍZ, F., “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de Administración de Justicia”, en MARTÍN DÍZ, F. (Coord.) *La Mediación en materia de...*, op. cit., pág. 29.

2.2 AUTOCOMPOSICIÓN

La segunda vía de resolución de conflictos es la autocomposición, es una vía fundamentalmente de pacificación del conflicto que pretende que las partes consigan una solución amistosa y consensuada por ellos mismos.

La solución pactada del conflicto puede consistir en el pleno reconocimiento de los intereses de alguna de las partes en conflicto, que saldrá vencedora frente a la otra, teniendo que acatar ésta la decisión. Sin embargo, es más frecuente que la solución negociada se logre mediante recíprocas concesiones de las partes³³.

Como señala ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “cabe que la actitud altruista que le brinde solución autocompositiva provenga del atacante (es decir, de quien deduzca la pretensión), del atacado (o sea de quien se oponga a la misma) o bien de ambos, cuando se hagan concesiones mutuas, más o menos equilibradas. Las dos primeras especies son unilaterales: la que procede del atacante se denomina renuncia o desistimiento; la que emana del atacado, allanamiento o reconocimiento; la tercera manifestación es bilateral, y se conoce como transacción”³⁴.

Para GIMENO SENDRA, “la autocomposición se asemeja con la autodefensa en la circunstancia de que, tanto en una como en otra, son los propios interesados quienes solucionan el conflicto, aunque en aquella puede eventualmente aparecer un tercero cuya función consista en aproximar a las partes. Pero difiere de la autotutela en que la decisión no se impone de forma coactiva por la parte más

³³ A este respecto, BARONA VILAR señala que “son por ello los mismos sujetos en conflicto los que, con ayuda del componedor, van a alcanzar una solución a las diferencias existentes, auto-componiéndose ellos mismos a través de una solución más o menos consensuada. Se parte de la idea de que es mejor un acuerdo, que se obtiene mediante cesiones recíprocas de ambos, que una solución de que un tercero impone a las partes”. BARONA VILAR, S., “Solución extrajurisdiccional de conflictos con *ojos de mujer*: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, en ETXEBARRÍA ESTANKONA, K. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.), *La resolución alternativa de conflictos...*, op. cit., pág. 32. MARTÍN DIZ, F. apunta que “a diferencia de la autodefensa, al menos aparentemente, la autocomposición no exige un sacrificio impuesto a una de las partes para obtener la solución, sino que ésta es totalmente consentida, buscada y acordada por ellas, con un posible factor añadido. En definitiva, en la autocomposición prima el acuerdo de voluntades sobre la imposición como forma y modo de resolver la controversia.” MARTÍN DIZ, F., “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de Administración de Justicia”, en MARTÍN DIZ, F. (Coord.) *La Mediación en materia de...*, op. cit., pág. 30.

³⁴ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, op. cit., pág. 80.

fuerte, sino, como ha quedado dicho, el conflicto se dirime a través del acuerdo de voluntades o de la resignación de una de ellas”³⁵.

La autocomposición parte, por tanto, del presupuesto del acuerdo de voluntades entre las partes, de la idea de pacto entre las mismas. La raíz etimológica de la palabra “pacto” se encuentra en el vocablo *pax* y el pacto, tal y como hoy en día es concebido por la sociedad, no es otra cosa que un vehículo para obtener la paz. Tal y como apunta DÍEZ-PICAZO, los arreglos privados, pactos, acuerdos, suponen un sistema de composición de los intereses de las partes hasta entonces en conflicto, que a partir de ese momento deberá ser respetado por las mismas y esta composición se caracteriza porque es autónoma, es decir es obra de las propias las partes en busca de la satisfacción de sus intereses³⁶.

También puede suceder que el acuerdo amistoso se alcance, no ya directamente por las propias partes en conflicto, o a través de sus representantes legales, sino que intervenga un tercero neutral para hacer posible que el conflicto se resuelva. En este caso, característica común de estas formas autocompositivas de resolución de disputas es que los contendientes aceptan que el tercero intervenga en el debate y trate de intentar ayudarles a conseguir una solución, pero no se obligan a acatar su parecer u opinión. El tercero ayuda a las partes a buscar un acuerdo, sin por ello pronunciarse de manera formal sobre ninguna solución concreta.

No comparto plenamente, como explicaré más adelante, el parecer de ROBLES GARZÓN cuando afirma que la autocomposición “supone una fórmula de resolución de conflictos más civilizada que la autodefensa, aunque sigue presentando un grave inconveniente: si bien se abandona la fuerza física, en este momento quien se impone es la parte económica o temperamentalmente más fuerte”³⁷.

En el mismo sentido, FAIRÉN GUILLÉN apunta que “aunque en superficie, parece haber una voluntad pacífica de los interesados en resolver el conflicto, en el fondo puede haber una *sumisión* del más débil”³⁸.

³⁵ GIMENO SENDRA, J. V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, op. cit., pág. 23.

³⁶ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría...*, op. cit., pág. 17.

³⁷ ROBLES GARZÓN, J.A., *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 32.

³⁸ FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal...*, op. cit., pág. 20.

Igualmente, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO sostiene que “con frecuencia la espontaneidad del sacrificio es sólo aparente y, en realidad, envuelve una capitulación del litigante de menor resistencia, e incluso cabe que la renuncia del propio interés obedezca a una errónea representación del mismo por parte de su titular que le lleve a considerar su posición más desfavorable de lo que en verdad es”³⁹.

En la misma línea, GIMENO SENDRA considera que “los medios de composición posibilitan el que alguna de las partes, debido a su hegemonía en el litigio, procedente de la desigualdad económica o a través de sus malas artes, pueda imponer su solución a la otra y lo que, a simple vista aparezca como una actitud *altruista* del resignado, no esconda otra cosa sino una obligada rendición”⁴⁰.

Entiendo que no, necesariamente y en todo caso, ha de ser así. Puede que en alguna ocasión pueda producirse algún desequilibrio entre las partes que pueda llevar a una de ellas a aceptar una solución que no colme íntegramente sus expectativas, pero en cualquier caso es una decisión libremente aceptada, sin que nadie le haya forzado a acatar la misma.

En la autocomposición, como su nombre indica, no cabe imposición alguna, sea del tipo que sea, por lo que, en principio, la solución parte del pacto o del acuerdo de voluntades entre las partes y no de la voluntad de una sola de ellas. Aún tratándose de una renuncia o desistimiento total, o de un allanamiento total, el reconocimiento de las pretensiones de la otra parte se hará siempre de forma voluntaria, no de forma coactiva o impuesta, teniendo la posibilidad en todo caso la parte de continuar con el litigio y que sea un tercero el que se encargue de dirimir el mismo, por lo que si una parte se aviene a una solución autocompositiva lo hace en el convencimiento de que dicha solución es mejor o menos perjudicial para sus propios intereses que una decisión impuesta.

³⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios diversos de Derecho Procesal*, op. cit., pág. 56.

⁴⁰ GIMENO SENDRA, J. V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, op. cit., pág. 24.

Esta vía autocompositiva puede aplicarse a la mayor parte de los conflictos jurídicos, siempre y cuando se trate de derechos disponibles de las partes contendientes⁴¹.

El tercero interviniente ha de ser imparcial y estar debidamente cualificado para intentar ayudar a las partes en su propósito de lograr una salida consensuada al conflicto, invitando a éstas a entablar o reiniciar un diálogo y evitando la confrontación entre las mismas.

En ningún caso el tercero interviniente puede imponer una solución al conflicto, siendo las partes en todo momento las únicas responsables y protagonistas de dicha solución.

En este sentido, MORENO CATENA afirma que “como resulta obvio, la autocomposición permite una mejor solución de los conflictos, puesto que finalmente el arreglo se alcanza y se logra la pacificación social a través del concierto de voluntades de las partes contendientes, que son quienes mejor que nadie pueden saber lo que más les conviene⁴².”

2.3 HETEROCOMPOSICIÓN

La tercera vía de solución de conflictos, donde confluyen tanto la función de pacificación como la función de satisfacción, se produce a través de lo que pueden llamarse las formas de heterocomposición, en las que también interviene un tercero, si bien su papel difiere sustancialmente del que el mismo adopta en las fórmulas autocompositivas, toda vez que éste va imponer una solución de carácter vinculante para las partes que pone fin al conflicto de forma definitiva.

⁴¹ Como señala GIMENO SENDRA, “la autocomposición constituye un método lícito para la solución por las partes de los conflictos intersubjetivos, en los que, dada su naturaleza disponible y la vigencia del principio dispositivo, a nadie se le obliga a acudir a los Tribunales para la defensa de su derecho”. GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pág. 19.

⁴² Vid. MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pág. 38. En la misma línea, MEJÍAS GÓMEZ señala que la autocomposición “supone que las partes en conflicto son sus propios jueces. Ellas son las que deciden, las que tienen la capacidad de resolver, las que deciden por dónde debe discurrir el conflicto y qué pasos deben dar. Ellas son las que pondrán fin al litigio, con la ayuda de un tercero, pero no será este tercero el que decida, sino que el poder decisorio para solucionar el problema lo mantienen las partes. Ésta es la idea básica que se sitúa en el centro de esta forma de resolución y gestión de los conflictos. Las partes no ceden a un tercero la capacidad de decidir sobre sus problemas y litigios, sino que son las propias partes las que se responsabilizan de su resolución”. MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de...*, op. cit., pág. 31.

Según pone de manifiesto FAIRÉN GUILLÉN, la heterocomposición “supone la existencia (o al menos, la *apariencia*) de un conflicto intersubjetivo y el hecho de que los dos (o más) interesados acudan a una tercera persona, desinteresada, a fin de que lo resuelva imparcialmente”⁴³.

GONZÁLEZ CANO señala que, “en estos modelos los sujetos enfrentados no dialogan directamente entre sí, sino que se comunican a través de un tercero a quien ordenadamente formulan sus alegaciones, con lo cual, además, se aleja a las partes de la solución para atribuir esta función a un tercero, colocado por el Estado (juez) o por las propias partes (árbitro) en una posición jerárquicamente superior tanto respecto a ellas como al conflicto”⁴⁴.

El tercero, en este caso, se sitúa no *inter partes*, como en la autocomposición, sino *supra partes* y su labor ya no va a ser la de ayudar a las partes a resolver el conflicto, sino dar una solución definitiva al mismo⁴⁵.

Las dos vías heterocompositivas clásicas de resolución de conflictos son el arbitraje y la jurisdicción.

Ambas figuras proporcionan a las partes la solución de su conflicto de un modo definitivo e irrevocable y las resoluciones dictadas por el juez y por el árbitro, tienen eficacia de cosa juzgada sin necesidad de ningún tipo de homologación o reconocimiento por cualquier otro órgano público.

Tanto el juez, como el árbitro son terceros imparciales y esta imparcialidad, como señala GIMENO SENDRA, permitirá la “composición desinteresada del conflicto”⁴⁶.

⁴³ FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal...*, op. cit., pág. 20.

⁴⁴ Vid. GONZÁLEZ CANO, I., “Los métodos alternativos de resolución de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág.136.

⁴⁵ En este sentido, BARONA VILAR señala que “la heterocomposición implica que el tercero que actúa lo hace *supra partes*, esto es, impone la decisión a los que acuden al mismo para alcanzar una solución, en la que no toman parte los sujetos implicados, sino que es decisión del tercero ajeno al conflicto”. BARONA VILAR, S., “Solución extrajurisdiccional de conflictos con *ojos de mujer*: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, en ETXEBARRÍA ESTANKONA, K. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.), *La resolución alternativa de conflictos...*, op. cit., pág. 32.

⁴⁶ GIMENO SENDRA, J. V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, op. cit., pág. 25.

En cuanto a las diferencias que presentan ambas vías, cabe señalar que aún operando de forma similar, la legitimación del tercero es diferente. Así, en el caso del arbitraje, la legitimación le viene atribuida al árbitro por voluntad de las partes que han de acudir expresamente al mismo y conferirle tal potestad, mientras que al juez, como depositario de la potestad pública de la jurisdicción, la potestad u obligación de resolver los asuntos que ante el mismo se presenten le viene atribuida legalmente, por lo que la premisa del acuerdo de voluntades no es necesaria, bastando con que una de las partes quiera acudir al proceso judicial como vía para solucionar el conflicto, para que la otra parte automáticamente quede afecta a éste.

Otra diferencia estriba en las materias sobre las que puede versar uno y otro medio de solución de conflictos. Así, mientras el arbitraje sólo puede versar sobre materias que tengan carácter disponible para las partes, el proceso judicial puede versar sobre cualquier tipo de derecho, tenga o no carácter dispositivo, siendo precisamente la única vía válida para resolver conflictos jurídicos o litigios que versen sobre materias no disponibles⁴⁷.

Además, el árbitro en ningún caso tiene potestad para hacer cumplir coactivamente la solución por él dada en caso de incumplimiento de la misma por alguna de las partes, habiendo éstas de acudir necesariamente al órgano jurisdiccional para la ejecución efectiva de ésta. La potestad jurisdiccional, es decir

⁴⁷Se puede decir que un derecho es disponible cuando la norma jurídica permite al sujeto su aplicación o no, y se puede decir que es indisponible cuando la norma jurídica en la que halla su sustento no permite actuación alguna al titular distinta a la prevista en la propia norma. Como señala MORENO CATENA, “el Derecho sólo autoriza hoy la intervención arbitral para resolver conflictos sobre derechos disponibles, es decir, referidos a relaciones jurídicas cuya conformación y desarrollo queda enteramente confiado a la voluntad de las partes, de manera que en esos casos las normas jurídicas únicamente se aplican en defecto de las previsiones y soluciones de los sujetos titulares de los derechos”. MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pág. 40. En el mismo sentido, LUNA SERRANO apunta que “el arbitraje sólo podrá recaer sobre aquel ámbito potencial que la ley consiente y que se restringe únicamente a los conflictos denominados arbitrables o susceptibles de arbitraje y que son las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. De manera bien autorizada se ha notado a este respecto, como índice significativo del carácter material o sustantivo del arbitraje y de su naturaleza civil, que la capacidad y legitimación para comprometer o deferir el conocimiento de la controversia al árbitro es precisamente la de disponer y no la capacidad y legitimación para comparecer en juicio, de la que la capacidad y legitimación para disponer está alternativa y claramente diferenciada”. LUNA SERRANO, A., “Sobre la prevención de los conflictos y el sometimiento a arbitraje de la superación de la controversia”, en GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, REUS, Madrid, 2010, pág. 23.

la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, corresponde en exclusiva a los Juzgados y Tribunales, tal y como se establece en el art. 117.3 CE⁴⁸.

2.3.1 Arbitraje

Se podría decir que, hasta la reciente regulación de la mediación en nuestro ordenamiento jurídico, entre los métodos alternativos de resolución de conflictos, el arbitraje era el más desarrollado legislativamente⁴⁹.

Es un método heterocompositivo de resolución de conflictos en el que las partes inmersas en una disputa se someten libre y voluntariamente al parecer de un tercero elegido previamente, el árbitro, cuya decisión resolverá definitivamente la cuestión controvertida, teniendo carácter vinculante para las partes⁵⁰.

Los elementos pues que caracterizan al arbitraje son, por una parte el concierto de voluntades entre las partes contendientes para acudir a esta vía de resolución de conflictos, - no puede haber arbitraje si una de las partes contendientes se niega a

⁴⁸ Tal y como señala MORENO CATENA, "el árbitro viene investido como tal por la voluntad de las partes, que lo designan teniendo presente de modo fundamental su *auctoritas*, careciendo de la *potestas*, del *imperium* para hacer cumplir coactivamente su decisión. El juez, por su parte, es instituido como tal por el Estado, que lo hace depositario de la potestad jurisdiccional y goza de la nota de la independencia; viene llamado a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). Por consiguiente, ambos pueden juzgar con igual eficacia, pero la ejecución forzosa de lo juzgado, al requerir la coacción, el *imperium*, queda reservada exclusivamente al órgano jurisdiccional". MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pág. 68.

⁴⁹ Así, por ejemplo, para materias de Derecho Privado es de aplicación la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003), reformada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011). Como señala RAMOS MÉNDEZ, "la propia regulación en una norma independiente y completa en sí misma es una muestra de su vocación de ser un medio autosuficiente como modelo de resolución de litigios en la mayoría de los temas de derecho privado". RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op.cit., pág. 50. En materia de consumo existe el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008). En el ámbito laboral, los sucesivos ASEC (Acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales) recogen y regulan expresamente el arbitraje como vía de solución de conflictos. En el marco internacional, sin duda, el Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, es el texto más relevante y regula el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, habiendo sido firmado por más de ciento veinticinco países.

⁵⁰ Para BARONA VILAR, "el arbitraje tiene su sustento constitucional en la libertad, motor y fundamento de la institución, y en el principio de autonomía de la voluntad, convirtiéndose en el medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). Vid. BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de conflictos. "Alternative Dispute Resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 210.

utilizar esta vía -, y por otra parte el carácter definitivo de la solución impuesta por el árbitro, cuya decisión - el laudo arbitral - tiene la misma eficacia que una resolución judicial.

Normalmente, el acuerdo de voluntades de las partes para acudir a arbitraje se suele documentar, pudiendo reflejarse en un convenio arbitral independiente o, en la mayor parte de las ocasiones, en una cláusula introducida en un contrato que vincula a las partes y que establece esta modalidad de resolución de conflictos para el caso de que surja cualquier problema en la interpretación o aplicación de dicho contrato.

Para FAIRÉN GUILLÉN “tiene el arbitraje, en sus diferentes manifestaciones, las características de que, son los interesados los que lo hacen nacer (al determinar la tercera persona *imparcial* por medio de un contrato) y las que determinan su extensión (si esta persona - si acepta, naturalmente - debe resolver un solo conflicto o varios), le fijan un plazo determinado para que lo haga y al final del mismo decae en sus potestades, deja de ser *árbitro*, desaparece de la escena. Es así, la voluntad de las partes, la que hace nacer y morir al árbitro y al arbitraje”⁵¹.

Y según RAMOS MÉNDEZ, “esta opción estratégica tiene la tremenda fuerza de excluir a los tribunales ordinarios del conocimiento del asunto. Un tribunal estatal confrontado con un caso, en el que las partes han elegido el arbitraje como modo de solución de sus diferencias, debe quitarle las manos de encima, tan pronto como una de las partes interesadas le advierte de la existencia de un convenio arbitral (art. 11 LA). El arbitraje tiene preferencia sobre la vía judicial por la propia decisión de las partes”⁵².

En cuanto al procedimiento arbitral, en principio, el mismo viene marcado por la libertad a la hora de ser configurado, aunque no hay una disponibilidad absoluta de éste ni para las partes, ni para el árbitro o árbitros, existiendo algunas líneas de actuación procedimentales de obligado cumplimiento, referidas a las normas de

⁵¹ FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal...*, op. cit., págs. 20-21.

⁵² RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op.cit., pág. 51. En este sentido, la STC 75/1996 declaró que “la autonomía de la voluntad de las partes, de todas las partes, constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial, y por tanto resulta contrario a la CE que la ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje”.

inicio del procedimiento, respeto a los principios esenciales del mismo, reglas de prueba, reglas sobre el laudo y sus efectos, así como vías de impugnación de éste y ejecución.

Estas normas vienen recogidas en nuestro ordenamiento en los arts. 24 a 45 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Si bien existen algunas normas de carácter imperativo, la mayoría de las normas de la Ley de Arbitraje tienen carácter dispositivo, dejando a la voluntad de las partes la regulación de la mayoría de las materias⁵³.

Tal y como pone de manifiesto RAMOS MÉNDEZ, “las partes pueden fijar libremente el modelo de juicio arbitral para la resolución del litigio, sin necesidad de remitirse a ley procesal alguna. La única salvedad es el respeto de las garantías de igualdad, audiencia, contradicción y sus repercusiones en el derecho de defensa (art. 24 LA). El arbitraje, aún como medio alternativo, debe cumplir el protocolo de calidad fijado por las garantías constitucionales”⁵⁴.

⁵³ Así, por ejemplo, tienen carácter dispositivo la regulación del procedimiento arbitral (art. 25), la determinación del lugar del arbitraje (art. 26), la determinación de la fecha de inicio del arbitraje (art. 27), la determinación del idioma o idiomas del arbitraje (art. 28), la determinación del plazo y contenido de la demanda y de la contestación, su modificación o ampliación (art. 29), el régimen de audiencias o actuaciones escritas en el procedimiento (art. 30), el régimen de nombramiento y participación en audiencia de peritos (art. 32), la elección del arbitraje de equidad, el régimen de adopción del laudo por acuerdo (art. 36), el régimen de nulidad del laudo y laudos parciales (art. 37), el plazo para dictar el laudo y, en su caso, la prórroga del mismo por los árbitros (art. 37.2), el régimen de motivación del laudo (art. 37), la facultad de acordar la terminación de las actuaciones (art. 38) o el régimen de plazos de corrección, aclaración y cumplimiento del laudo (art. 39). Las reformas operadas por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, no han afectado sustancialmente a las cuestiones procedimentales, ni al poder de disposición de las partes sobre las mismas. Así, y tal y como se recoge en el expositivo II del Preámbulo del citado texto legal, las únicas reformas en este sentido afectarían “al idioma del arbitraje, con el que se incrementan las garantías del procedimiento, al reconocerse la posibilidad de utilizar la lengua propia por las partes, por los testigos y peritos, y por cualesquiera terceras personas que intervengan en el procedimiento arbitral, y respecto del laudo, las modificaciones se han centrado en el plazo y forma del laudo. Así, se modula una solución, a favor del arbitraje, para los casos en que el laudo se dicta fuera de plazo, sin perjuicio de la responsabilidad de los árbitros. También se precisan sus formalidades y se exige siempre la motivación de los laudos. Además, se establece un remedio específico para poder rectificar la extralimitación parcial del laudo cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje”.

⁵⁴ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op.cit., pág. 53. A este respecto, señala igualmente ROBLES GARZÓN que “el artículo 24 LA recoge ahora de forma expresa, a diferencia de su precedente legislativo, los principios que deben guiar el procedimiento arbitral: contradicción o audiencia, igualdad y confidencialidad. La infracción de alguna de las manifestaciones de estos principios en el desarrollo del arbitraje podrá provocar acciones de anulación contra el laudo por medio de alguno de los motivos contemplados en el artículo 41 LA,

En el mismo sentido, OLIVENCIA RUIZ señala que “la nueva L.A. aumenta el ámbito de la autonomía de la voluntad en materia de arbitraje. Resulta natural que si el arbitraje nace de un convenio, es decir, de un negocio jurídico alimentado por la libre voluntad de las partes, éstas sean *dueñas del procedimiento* y lo puedan configurar por acuerdo entre ellas, a la medida de la controversia, sin más exigencias que las normas imperativas que regulan la esencia de la institución. El modelo dispositivo que ha acogido la L.A. permite a las partes o, indirectamente, a los árbitros o las entidades administradoras de arbitrajes institucionales, *confeccionar a medida* el procedimiento, en la convicción de que en su coincidente voluntad reside la mejor garantía de adecuación de la norma a sus intereses”⁵⁵.

Respecto de los diferentes tipos de arbitraje, y por lo que a su vertiente administrativa se refiere, podríamos hablar de dos modalidades distintas, el arbitraje “institucional” y el arbitraje “ad hoc”⁵⁶.

El arbitraje institucional es administrado por una entidad que, a cambio de unos honorarios, administra todo el procedimiento desde la admisión a trámite de la solicitud hasta la entrega del laudo.

Tal y como apunta BELLO JANEIRO, “el arbitraje institucional, o también llamado arbitraje administrado, es aquel en que las partes encomiendan la administración y designación de los árbitros a una corporación de derecho público, o a una

sin perjuicio del acceso a un hipotético recurso de amparo ante el TC como consecuencia de la infracción de uno de los derechos contemplados a través del artículo 24 CE de tutela judicial efectiva”. ROBLES GARZÓN, J.A., *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, op. cit., págs. 661-662.

⁵⁵ OLIVENCIA RUIZ, M., *Arbitraje: una Justicia alternativa (una visión histórica desde la nueva Ley)*, Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006, pág. 27. En el mismo sentido, señala GONZALO QUIROGA, que “entre los aspectos más innovadores y modernos de la Ley merece resaltar el refuerzo de la eficacia del convenio arbitral y su mayor flexibilidad formal. En consonancia con el criterio antiformalista, la nueva Ley de Arbitraje ha apostado claramente por las nuevas tecnologías aplicadas al arbitraje, simplificando las notificaciones, las comunicaciones y los plazos, de cara a procurar una mayor flexibilidad en el procedimiento arbitral. Ha potenciado, además, la autonomía de la voluntad de las partes y ha incrementado la potestad de los árbitros para dictar medidas cautelares que serán ejecutables como si de laudos se tratase. Asimismo, confiere una máxima autonomía e independencia a los árbitros, frente a una mínima intervención de los tribunales de justicia en los procedimientos arbitrales”. GONZALO QUIROGA, M., “Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos”, en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 230.

⁵⁶ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R. y CUBILLO LÓPEZ, I., “El arbitraje”, en HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coord.), *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pág. 105.

asociación o entidad sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. El procedimiento arbitral está definido por la correspondiente institución, no teniendo las partes participación alguna en su elaboración. Dicha institución ejerce sus funciones según su propio reglamento”⁵⁷.

Es adecuado para particulares o empresas que no estén familiarizadas con el arbitraje en general y la ventaja de acudir a este tipo de arbitraje radica en que la entidad arbitral administra el procedimiento arbitral de conformidad con la ley aplicable en cada caso y cuenta con un elenco de profesionales a quienes designará de conformidad con su propio reglamento.

La posible desventaja de este tipo de arbitraje institucional es el coste del servicio de administración que puede ser sustancial dependiendo de la naturaleza y cuantía de la cuestión litigiosa, así como de la institución de que se trate. En este sentido, es conveniente reunir información de la institución arbitral antes de elegirla como institución de referencia en caso de conflicto e introducir su nombre en la cláusula del contrato que firmen las partes.

El arbitraje “ad hoc” es el que se da cuando las partes encargan el procedimiento al árbitro o árbitros que ellos elijan directamente.

Esta modalidad se suele emplear por empresas y profesionales familiarizados con el arbitraje y que confían en la experiencia y profesionalidad del árbitro o árbitros a los que de mutuo acuerdo eligen para la resolución de la controversia.

La ventaja de esta modalidad de arbitraje es la supresión de la institución administradora intermediaria, con lo que el coste se puede reducir sustancialmente, así como la intervención directa y personal de las partes en la elección de los profesionales que consideren más adecuados para dar solución a su problema.

Dependiendo de quién actúe como árbitro, el arbitraje podrá ser de “derecho” o de “equidad”.

⁵⁷ BELLO JANEIRO, D., “Conflictos transfronterizos y arbitraje internacional”, en GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución...*, op. cit., pág. 42.

Para poder hablar de arbitraje de derecho, y hasta la reforma operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, el árbitro necesariamente tenía que ser abogado en ejercicio, sin embargo tras la reforma se ha abierto el abanico de profesionales que pueden actuar como tal, tanto a otros profesionales de ámbito jurídico, como a otros profesionales no necesariamente pertenecientes a dicho campo de conocimiento, en consonancia con la experiencia internacional de otros países y a fin de adecuar también nuestra normativa a las normas de libre competencia impulsadas desde las instituciones de la Unión Europea⁵⁸.

El arbitraje de equidad permite que cualquier otro profesional ajeno al Derecho actúe como árbitro, si bien también se permite que los abogados puedan llevar a cabo arbitrajes de este tipo.

Hasta la fecha ha sido bastante inusual que se produjesen arbitrajes de equidad, por lo que normalmente los árbitros solían ser abogados en ejercicio o profesionales vinculados al mundo del Derecho, sin embargo al abrirse el abanico de profesionales que van a poder ejercer como tales, probablemente se incremente el número de arbitrajes donde el árbitro no es jurista y se acuda al mismo por sus conocimientos acerca de la materia sobre la que concierne el conflicto.

En los últimos años, y sobre todo provenientes del mundo anglosajón, están surgiendo nuevas modalidades o variantes de arbitraje que están cobrando importancia en determinados sectores.

Así por ejemplo, está el llamado “arbitraje de máximos y mínimos” (*high low arbitration*), donde las partes fijan al árbitro o árbitros los parámetros mínimos y máximos entre los cuales necesariamente ha de estar la solución que éste dicte en su correspondiente laudo, siendo nulo si hubiere violado dichos límites. Es una alternativa interesante, toda vez que garantiza a las partes que ninguna de ellas va a

⁵⁸ Así, en el art. 15.1 L.A. se establece que: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista”.

perder o ganar todo lo que se halle en disputa, por lo que les obliga a conocer y valorar sus verdaderos intereses, realizando concesiones en sus posiciones iniciales, a sabiendas que la futura solución siempre va a estar dentro de los límites marcados por ellas mismas.

También está el llamado “arbitraje béisbol o de oferta final” (*baseball arbitration*). En este caso, las partes proponen al árbitro las formas en que podría solucionarse el conflicto, lanzando una serie de distintas propuestas la una a la otra, entre las cuales el árbitro habrá de elegir una de ellas. Se trata de una modalidad que se viene utilizando cada vez con mayor asiduidad en el ámbito de los conflictos comerciales⁵⁹.

Igualmente, en Estados Unidos, desde 1978 distintos tribunales, tanto federales como estatales, vienen utilizando programas de arbitraje conectado con los tribunales (*Court-annexed arbitration*).

En el ámbito anglosajón existen dos modalidades de arbitraje, una en la que el laudo del árbitro tiene carácter vinculante para las partes (*Mandatory Arbitration*) y otra en la que el mismo tiene carácter meramente consultivo, siendo las partes libres de acatar o no la decisión del árbitro (*Voluntary Non-binding Arbitration*)⁶⁰.

Por último, y aunque se comentarán más detalladamente a lo largo de este trabajo, también existen nuevos mecanismos que combinan el arbitraje con otros métodos alternativos de resolución de conflictos, son los llamados “métodos híbridos”⁶¹.

El más conocido es el “medarb”, que combina el arbitraje con la mediación. Este método se inicia con una mediación en la que se intenta que las partes lleguen a un acuerdo y si no es posible se pasaría a una segunda fase de arbitraje que concluiría

⁵⁹ Vid. GUMBINER, K., “An Overview of Alternative Dispute Resolution”, en ATLAS, N.F., HUBER, S.K. y TRACHTE-HUBER, E.W. (Eds.), *Alternative Dispute Resolution. The Litigator’s Handbook*, ABA Publishing, Chicago, 2000, pág. 11.

⁶⁰ Vid GRENIG, J.E., *Alternative Dispute Resolution*, Vol. I, Third Edition, Thomson Reuters West, 2011, pág. 567

⁶¹ Como pone de manifiesto SAIZ GARITAONAENDÍA, “con el objeto de buscar un procedimiento más satisfactorio, en ocasiones se utilizan algunas variables de las fórmulas puras que pueden, en su caso, ser útiles de cara a afrontar problemas de diferente naturaleza que pueden surgir en distintos ámbitos”. SAIZ GARITAONAENDÍA, A., “Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H., (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 79.

con el laudo dictado por el árbitro que pondría fin definitivamente al conflicto suscitado⁶².

También existe la variante contraria, el “arbmed”, donde las partes, una vez iniciado el procedimiento arbitral, pueden decidir ir a mediación a fin de intentar gestionar su conflicto, pero en la práctica es menos utilizada que la anterior.

Volviendo a la institución del arbitraje, y por lo que respecta a los posibles problemas que puede presentar este método de resolución de conflictos, ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA señalan que “el arbitraje civil propiamente dicho tiene tres importantes escollos que dificultan su implantación.

Se dice que no existe el arbitraje sin el prestigio de buenos árbitros. El primero de los obstáculos del sistema, en consecuencia, es de designación de los árbitros, respecto al que existe mucha desconfianza (se prefiere al juez). Ello se debe a que no existe una práctica consolidada, como la que hay en otros países, de acudir a profesores universitarios, abogados de gran experiencia que han transformado sus despachos y se ofrecen como árbitros, jueces jubilados o consultores de diversas disciplinas con un peso profesional específico y una reputación ética muy sólida. Algunos de los servicios de los que se prestan por los Colegios profesionales, o por institutos de arbitraje internacional, son excelentes y tienen gran prestigio, pero se ha de resaltar, en otros muchos casos, que se desconfía del corporativismo, del amiguismo en la designación, de la falta de preparación, y de la vulnerabilidad en cuanto a la imparcialidad en el ejercicio de la función.

El segundo de los problemas radica en el coste que representa la intervención de un árbitro, que generalmente no está fijado de antemano, sino que se establece en

⁶² Con estas fórmulas híbridas, como apunta VALL RIUS, se hace frente a “las críticas de un sector de abogados y otros profesionales que menospreciaban la mediación y otras técnicas de gestión colaborativa de conflictos, simplemente por no ser vinculantes y, por tanto, percibidas como débiles y de resolución y eficacia incierta, versus la respuesta siempre existente y obligatoria que emana de la jurisdicción tradicional. Frente a esta crítica, el Medarb se presenta como una técnica híbrida que da respuesta a la preocupación por la naturaleza no vinculante de la mediación, ya que el Medarb garantiza, en todo caso, la resolución de la controversia, ya sea por las propias partes a través de la mediación inicial, ya sea subsidiariamente por el árbitro que finalmente emite una solución en forma de laudo, si no se han obtenido acuerdos a través de la mediación”. VALL RIUS, A., “Sistemas mixtos de gestión colaborativa de conflictos”, en LAUROBA, E., BARRAL, I., y VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011, págs. 265-266.

proporción a la estimación económica de los intereses que se ventilan en el conflicto, y que suele ser mucho más caro que el del proceso judicial.

Por último, también influye negativamente la mala praxis que representa la concertación de arbitrajes a realizar por varios árbitros, los denominados colegios arbitrales, que en casos de mucha complejidad técnica pueden estar justificados, pero que se han deformado en la práctica con la inclusión, como árbitros, de los propios abogados de las partes, más un tercero independiente, lo que dificulta la tarea de éste, introduce la desconfianza y deteriora en gran manera el sistema”⁶³.

2.3.2 El proceso judicial

En el presente apartado se van a abordar algunos elementos del proceso, básicamente por lo que respecta a la organización y gestión de conflictos a través del mismo y el interés del justiciable.

A. El sistema público de Justicia

El Derecho, entendido como conjunto normativo, se caracteriza por ser un conglomerado sistemático y estructurado de normas que se establecen con la finalidad de regular, ratificando y preestableciendo coactiva y formalmente, lo que corresponde a cada uno dentro de las relaciones y situaciones jurídicas⁶⁴.

Como sostiene RAMOS MÉNDEZ, “al ciudadano hay que darle una respuesta convincente que alimente su confianza en el modelo para que lo asuma como válido”⁶⁵.

Para ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “el proceso se presenta como el medio que mayores probabilidades ofrece de aportar la solución justa y pacífica al conflicto. Pero para que el proceso rinda esos frutos, es preciso que ese tercero imparcial que decide el conflicto sea más fuerte que las partes entre sí enfrentadas para que,

⁶³ ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, Documento de trabajo 110/2007, *Revista de la Fundación Alternativas*, págs. 32-33.

⁶⁴ Vid. DÍEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas....*, op. cit., pág. 6.

⁶⁵ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op. cit., pág. 59.

llegado el caso, pueda imponer su voluntad coactivamente frente a todo intento de desobediencia o alzamiento que de aquéllas provenga”⁶⁶.

Tal y como pone de manifiesto MORENO CATENA, “el Estado se apodera en régimen de monopolio del enjuiciamiento de los conflictos que puedan producirse en el seno de la sociedad y de la ejecución de lo resuelto, en virtud del principio de preservación de la paz pública”⁶⁷.

La función de administrar justicia y de aplicar el Derecho viene atribuida con exclusividad a los Juzgados y Tribunales, en virtud del mandato constitucional establecido en el art. 117.3 de la Constitución.

Para GIMENO SENDRA, “el contenido de la mencionada potestad viene determinada por una fuerza de mando jurídicamente vinculante a terceros, como consecuencia de esa potencia de mandar, que encierra, destinada a la protección de los intereses de los otros. Ese *imperio*, energía o fuerza ética y física que contiene la potestad jurisdiccional es la que garantiza la supremacía o superioridad del órgano jurisdiccional frente a las partes y la que hace eficaz, en definitiva, el cumplimiento ulterior de sus decisiones”⁶⁸.

Como notas definitorias de este sistema público de justicia, se podría destacar, tal y como pone de manifiesto RAMOS MÉNDEZ⁶⁹, que:

- El modelo de juicio viene predeterminado automáticamente por criterios legales y la regulación de las actividades dentro de él es estricta y prácticamente inamovible.
- La cobertura del sistema aspira, teóricamente, a ser total, por más que, de hecho, no pueda absorber todos los casos que le llegan.

⁶⁶ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios diversos de Derecho Procesal*, op. cit., pág. 56.

⁶⁷MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pág. 67. En el mismo sentido, GIMENO SENDRA señala que “el proceso, en tanto que instrumento de la Jurisdicción de para la resolución de los conflictos, está indisolublemente unido a la existencia del Estado. Sin una mínima organización estatal no puede existir, ni la Jurisdicción, ni el proceso, habiendo de acudir las partes a soluciones autodefensivas, autocompositivas o, a lo sumo, arbitrales (por ejemplo, la de los *patriarcas* en determinadas etnias), pero nunca al proceso”. GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pág. 23.

⁶⁸GIMENO SENDRA, J. V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, op. cit., pág. 32.

⁶⁹RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op. cit., pág. 36.

- La infraestructura está establecida de antemano y es de uso obligatorio. Se concreta en los tribunales de justicia, servidos por personal funcionario.
- El instrumento que se utiliza es el juicio, que se adapta a las exigencias de cada sector del ordenamiento jurídico.
- El resultado del juicio se plasma en la sentencia judicial, que es inmediatamente ejecutable.
- Los controles que se establecen son internos, dentro del propio sistema judicial, a través de recursos, ante tribunales de rango superior. Pero, en todo caso, rigen también las garantías constitucionales.

Tradicionalmente, la solución judicial de un litigio ha sido considerada como el mecanismo más estable y más perfecto de todas las vías de solución de conflictos⁷⁰.

B. El justiciable y el sistema de Justicia

Una de las características básicas de los ordenamientos jurídicos como el nuestro, es la vigencia del principio que impone la dependencia de la tutela jurídica de la voluntad del interesado y así se deduce de la propia Constitución. Como señala FAIRÉN GUILLÉN, “es principio fundamental, de lógica aplastante, el del *libre acceso a la Justicia*, esto es, el de la posibilidad de cualquier hombre a llegar hasta la o las personas en que se encarne –o a quienes se encargue– la administración de justicia”⁷¹.

⁷⁰Según señala MARTÍN DIZ, “su carácter público y popular, emana del pueblo y se administra desde el Poder Judicial, tal y como proclama el art. 117.1 de nuestra Constitución, es sin duda una de sus mayores garantías”. MARTÍN DIZ, F., “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DIZ, F. *La mediación en materia de...*, op. cit., pág. 32. Véase también en este sentido GONZÁLEZ CANO, I., “Los métodos alternativos de resolución de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.) *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág. 133 y MORENO CATENA, V., “La resolución jurídica de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 49.

⁷¹ FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal...*, op. cit., pág. 35.

No tiene que ver exclusivamente con el proceso en particular, sino con el propio ordenamiento jurídico, así, en la medida en que el proceso se incardina en el ordenamiento jurídico, obviamente, tiene su repercusión en el mismo, además, en la medida en que el proceso es el mecanismo por antonomasia de tutela jurídica es en el mismo donde tiene mayor manifestación.

Tal y como pone de manifiesto CORTÉS DOMÍNGUEZ, “el proceso que es, como sabemos, un mecanismo de tutela jurídica de los derechos, se adapta o se conforma a la naturaleza de éstos, a los que sirve.”⁷².

En consecuencia, si la tutela jurídica depende de la voluntad del interesado, igualmente habrá de depender de él la forma y la medida en que se ha de otorgar dicha tutela jurídica, por lo que el órgano judicial no sólo no debe comenzar un proceso cuando no le haya sido solicitado, sino que además debe abstenerse de ir más allá en su decisión de lo que las partes le hayan solicitado expresamente. Ello es aplicable no sólo cuando los derechos materiales ejercitados por la parte sean dispositivos, sino incluso cuando los derechos e intereses son indisponibles, por tanto el juez estará condicionado en su actuación y en sus límites a lo que las partes demanden, excluyéndose cualquier posibilidad de iniciar un proceso de oficio, siendo además esta norma válida para cualquier supuesto que queramos imaginar, con independencia de que los derechos que se pongan en juego tengan carácter dispositivo o no.

a) El principio dispositivo

Especialmente relevante en el marco del proceso civil es el principio dispositivo, que se refiere, tal y como señala GIMENO SENDRA, al “*sí y sobre qué se discute* en el proceso, es decir, se trata de un poder de disposición sobre el ejercicio de la acción y el objeto del proceso”⁷³. Apunta el citado autor las tres características fundamentales del derecho dispositivo:

En primer lugar, que el justiciable tenga libertad para resolver el conflicto sin acudir a los tribunales, es decir poder de disposición sobre el derecho material. “Si

⁷² MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pág. 235.

⁷³ GIMENO SENDRA, J. V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, op. cit., pág. 188.

los derechos o intereses jurídicos que se pueden discutir en el proceso civil son del dominio absoluto de los particulares, a nadie se le puede constreñir a ejercitar su defensa ante los tribunales”.

En segundo lugar, que una vez iniciado el proceso, tenga poder para finalizarlo, es decir poder de disposición sobre la pretensión. “El poder de disposición de las partes no se limita exclusivamente al ejercicio de la acción, a la instauración del proceso, sino que también pueden disponer del proceso mismo a través de una serie de actos que, con fuerza de cosa juzgada (allanamiento, renuncia y transacción) o sin ella (desistimiento, caducidad), producen la terminación anormal, antes de la sentencia definitiva del proceso”.

Y, en tercer lugar, que el tribunal se encuentre vinculado a las peticiones y resistencias de las partes. “El tribunal no puede en su decisión final otorgar más de lo solicitado por el actor, más de lo resistido por el demandado, otorgar cosa distinta a lo pedido por ambos o en un recurso gravar más de lo que ya estaba el recurrente (imposibilidad de *reformatio in peius*). Al tribunal tan sólo se le está autorizado a decidir sobre la pretensión y resistencia o en una apelación sobre la petición del apelante”.

En nuestro orden civil, prácticamente la inmensa mayoría de las normas tienen carácter dispositivo, pues la ley determina un marco de actuación, pero no lo impone, sin embargo existen algunas normas no dispositivas que imponen una determinada consecuencia jurídica con independencia de cuál sea la voluntad del sujeto. Así, la distinta naturaleza de esas normas influirá en la estructura del proceso que ha de servir para otorgar la tutela jurídica.

Tal y como señala PÉREZ-CRUZ MARTÍN “la LEC sigue regulando un proceso civil informado por el principio dispositivo -o justicia rogada-, salvo en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción, del que se extraen -afirma el legislador en el Apartado VI de la Exposición de Motivos- todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica

diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos”⁷⁴.

Cuando la norma tenga carácter dispositivo, el proceso debe configurarse como un campo de actuación voluntario y perfectamente disponible para las partes, porque de lo contrario, imponiendo consecuencias jurídicas en el proceso, se negaría la esencia dispositiva que el ordenamiento jurídico reconoce al derecho material.

Sin embargo, en el caso de los derechos indisponibles, la prohibición de disposición se deduce de la propia naturaleza del derecho material, ya que no se puede permitir a las partes hacer algo dentro del proceso que fuera de él no podrían realizar.

b) Principio dispositivo y principio de aportación de parte

Los principios dispositivo y de aportación de parte, que rigen en el proceso civil, suelen confundirse con bastante asiduidad, ya que ambos dimanarían de la esencia propia de los derechos sustantivos ejercitados en el proceso civil.

El principio de aportación de parte implica, como señala GIMENO SENDRA, “el dominio de las partes sobre el material procesal que es aportado como fundamento de hecho para la decisión del tribunal”⁷⁵.

El principio dispositivo supone que las partes son libres de ejercitar o no tanto los derechos sustantivos como los procesales, permite, pues que las partes contendientes tengan pleno control no sólo del fondo del asunto, sino también de los derechos procesales que de él se derivan en el juicio, pudiendo, en consecuencia, solicitar o no el recibimiento del pleito a prueba, solicitar las pruebas que consideren oportunas, renunciar a su práctica una vez hayan sido acordadas, desistir el actor de la acción ejercitada en cualquier momento del proceso o renunciar a la misma, allanarse el demandado a las pretensiones ejercitadas por el actor, o ambos alcanzar un acuerdo o transacción que pongan fin al procedimiento.

⁷⁴ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *Introducción al Derecho Procesal*, Andavira, A Coruña, 2010, págs. 354-355.

⁷⁵ GIMENO SENDRA, J. V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, op. cit., pág. 205.

Según apunta ROBLES GARZÓN, “en definitiva, las partes procesales son las auténticas dueñas del devenir del proceso e incluso del contenido de la sentencia. La voluntad de las partes, pues, juega un papel importantísimo en el inicio, desarrollo e incluso en la terminación del propio proceso. No se trata, sin embargo, de que las partes puedan elegir las reglas del juego (el procedimiento), sino que dentro de este devenir de actos concretos el legislador debe respetar esa autonomía y, sobre todo, dotarla de eficacia procesal”⁷⁶.

Figuras como la renuncia a la acción, el allanamiento y la transacción son absolutamente necesarias para conformar el proceso como dispositivo, no cabría afirmar que un derecho es dispositivo si el ordenamiento jurídico no permitiera al actor, por ejemplo, renunciar a la acción, ya que ésta se configura como un mecanismo de disposición del derecho material, además de serlo del proceso, e igualmente se podría decir del allanamiento y de la transacción⁷⁷.

Si la tutela jurídica depende de la voluntad del interesado, el proceso como mecanismo necesario para obtener la tutela jurídica, habrá de depender igualmente, tanto en su inicio como en su desarrollo, de la voluntad del interesado, de ahí que éste, bien por un acto unilateral propio o a través de un acuerdo con la otra parte, pueda en cualquier momento prescindir de la continuación del proceso como mecanismo de obtención de la tutela jurídica.

El dominio de las partes sobre el proceso se manifiesta ya desde su inicio, toda vez que el actor, al interponer su demanda como acto voluntario de parte, al exponer los hechos y fijar con claridad y precisión lo que pide, está delimitando la controversia que se somete a examen judicial, y mediante la designación de las personas frente a las que dirige su acción, elige quienes van a ser las partes intervinientes en el proceso con exclusión de otras. Pueden las partes pedir

⁷⁶ROBLES GARZÓN, J.A., *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 121.

⁷⁷En este sentido, señala FAIRÉN GUILLÉN que “el amplísimo *principio dispositivo*, que tan grandes manifestaciones ofrece fuera del proceso, se ve también aquí, por razón de la entidad del objeto jurídico del proceso: si éste conduce a la *disponibilidad* del mismo –se trata de un interés o derecho privado–, el proceso puede iniciarse o no; y una vez iniciado, las partes, *en su interior*, pueden producir también *actos dispositivos* del mismo que repercutan directamente sobre la disponibilidad de dicho derecho material: allanamiento, desistimiento, renuncia, transacción, dejar caducar la instancia”. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal...*, op. cit., pág. 391.

también la suspensión del proceso en el estado en que se encuentre, impidiendo así la continuación del mismo en los sucesivos trámites procesales sin otro límite que la caducidad de la instancia.

Si las partes tienen el dominio absoluto sobre el derecho material deben igualmente tener el control completo sobre los derechos procesales que comporta el proceso, en el sentido de que son libres de ejercitarlos o no. Como señala ROBLES GARZÓN, “si el derecho es de titularidad privada extraprocesalmente, no cambia de naturaleza por causa de convertirse en objeto de un litigio”⁷⁸.

El principio de aportación de parte, implica que las partes deben traer al procedimiento el material fáctico y probatorio en el que fundamenten sus pretensiones, que luego habrá de ser valorado por el juez, imponiendo la ley la carga de la prueba a quien reclama el cumplimiento de una obligación y la de su extinción a quien la opone.

c) El juez como tercero

Hablamos de proceso cuando la organización social asume de manera estable y obligatoria la función de llevar a cabo la pacificación de los conflictos mediante un conjunto de funcionarios públicos, creado con el fin de resolver los litigios entre los ciudadanos aplicando el Derecho.

Estos funcionarios públicos son los jueces que tienen la potestad y la obligación, atribuida por mandato constitucional, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado⁷⁹.

Al igual que en el caso del arbitraje, el juez es un tercero que va imponer una solución al conflicto y por tanto se sitúa *supra partes*, pero como destaca FAIRÉN GUILLÉN “la figura del Juez – otro tercero imparcial – ya no depende en cuanto a su nacimiento de la voluntad contractual de los interesados en el conflicto, sino que se

⁷⁸ ROBLES GARZÓN, J.A., *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 121.

⁷⁹ Como señala GUASP, “el Estado atiende a esta función indispensable porque constituye un fin primordial de su existencia, mediante la institución de órganos destinados específicamente a realizarla: el conjunto de estos órganos, la función que les corresponde y el poder que para el ejercicio de dicha función les está atribuido es lo que recibe el nombre de *Jurisdicción*”. GUASP, J., *Concepto y Método de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 19.

perpetúa como organismo del Estado; nos precede y supervive a la resolución de uno o varios conflictos determinados”⁸⁰.

El principio dispositivo tiene importantes consecuencias en relación con el papel del juez. A este respecto, apunta ÁLVAREZ SACRISTÁN que “bajo el brocardo de *sobre lo que no se pide no hay por qué contestar*, se trata de que sean las partes las que soliciten al juzgador lo que quieren que se juzgue, las pruebas que quieren que se practiquen y, en su caso, el derecho que desean que se tenga en cuenta”⁸¹.

En cuanto al principio de aportación de parte, cabría calificar la situación del juez como pasiva, toda vez que las partes son las que conforman el objeto del proceso. El juez, según este principio, se conforma como un mero espectador de lo que las partes hacen, habiendo de tener en consideración únicamente las alegaciones efectuadas oportunamente por las partes, sin que pueda ni deba comprobar por sí mismo la certeza de tales alegaciones.

Tal y como apunta DE LA OLIVA SANTOS, “la generalidad de los sistemas procesales civiles, y también el nuestro, vienen a entender que no sería ni razonable, ni asequible (más bien, resultaría imposible) que fuese el Estado, a través de los tribunales, quien hubiera de ocuparse –con la correlativa responsabilidad– de comprobar la certeza de los hechos –*rectius*: de las afirmaciones de hechos– que configuran la inmensa mayoría de los casos llevados ante los órganos jurisdiccionales civiles. Si bien se mira, todos los demandantes, promotores de los procesos civiles, exponen al tribunal lo que consideran que es un comportamiento ilícito. Pero si, en todo el mundo, la Administración de Justicia a duras penas puede, con todos los auxilios del Estado, afrontar los más graves y reprochables *ilícitos* –los comportamientos ilícitos constitutivos de delitos perseguibles de oficio–, constituiría un empeño prácticamente utópico gravar a los Tribunales con la responsabilidad primordial en la comprobación de los hechos de todas las pretendidas conductas ilícitas, también aquéllas que apenas tienen

⁸⁰ FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal...*, op. cit., pág. 21.

⁸¹ ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *Los Principios Generales del Derecho*, Gomylex, Bilbao, 2010, pág. 41.

relevancia pública ni afectan al interés general, sino sólo a los derechos e intereses de determinadas personas o sujetos jurídicos”⁸².

Por tanto, esto es válido, no sólo en los supuestos de protección de la tutela de los derechos de carácter disponible, ya que permite que el juez juzgue sólo por lo que se pide y en los términos en qué se pide, sino también en los supuestos en los que se protegen derechos de carácter indisponible, porque tanto en un caso como en otro permitir algún protagonismo al juez sería tanto como permitir que éste pudiera perder su imparcialidad, ya que si tuviese la posibilidad de introducir hechos en el proceso implicaría admitir el prejuicio de la importancia de tales hechos en la sentencia final.

La necesidad de que el órgano judicial sea imparcial y el sometimiento del juez sólo y exclusivamente a la Ley imponen que el órgano judicial no tenga poder alguno para poder aportar al proceso material fáctico⁸³.

3.- PROCESO Y ALTERNATIVAS

3.1 EL ACCESO A LOS TRIBUNALES COMO ÚNICA MANIFESTACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO ya ponía de manifiesto que “si el proceso, abstractamente considerado, parece ser hoy por hoy el mejor método para resolver los litigios, por la nota de imparcialidad que lo caracteriza y por la fuerza que a sus decisiones presta el ir respaldadas por el mecanismo coactivo del Estado, su funcionamiento en concreto es, en la mayoría de los países, objeto de severas críticas, que se extienden a su ordenación procedimental y a la intervención en él de las profesiones forenses”⁸⁴.

Tal y como señala MARTÍN DIZ, “en boca de casi todos, expertos juristas y

⁸² DE LA OLIVA SANTOS, A., “La determinación de los hechos y la prueba”, en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., *Curso de derecho Procesal Civil II. Parte especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, págs. 96-97.

⁸³ Véase, CORTES DOMÍNGUEZ, V., “La Constitución Española y los principios rectores del proceso civil”, en *Principios constitucionales en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 152.

⁸⁴ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, op. cit., págs. 112-113.

ciudadanos legos, está siempre la crítica (o autocrítica en algunos casos) por la lentitud, carestía y distancia (en formas y fondo) de la Justicia respecto del ciudadano. Se percibe a la Justicia como una institución agotada, cansada, renqueante de múltiples e interminables achaques. Aún así la Justicia, en el sentido de resolución de conflictos en vía jurisdiccional, es un enfermo con salud de hierro. Aún así recurrimos a ella para resolver conflictos, litigios, disputas, problemas. Aún así, paradójicamente, al tiempo que renegamos de ella la consideramos imprescindible. ¿O ya no tanto? Esta interrogante viene planteada puesto que de un tiempo a esta parte, a la Justicia le han salido *competidores*. En los últimos años se ha reactivado la búsqueda de otras vías, de otras formas, de otras posibilidades de solucionar conflictos y litigios y con ello de otras alternativas para hacer, también, Justicia”⁸⁵.

El acceso a la Justicia para todos los ciudadanos es un derecho fundamental consagrado en el artículo 6 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Igualmente, el derecho de recurso efectivo ha sido elevado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al rango de principio general del Derecho comunitario, proclamado además por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El derecho a la Justicia es una exigencia a la que los Estados responden básicamente, en particular, mediante la puesta a disposición de los ciudadanos de procedimientos judiciales, que en ocasiones resultan muy costosos y no demasiado rápidos y eficientes.

Hay que intentar partir de la base de que el acceso a la justicia ha de tener un contenido amplio y no limitarse al derecho de acceso a los tribunales. Como apunta RAMOS MÉNDEZ, “administrar justicia no es sólo decidir casos”⁸⁶.

Si bien es cierto que nuestra Constitución en el artículo 117.3 atribuye en exclusiva

⁸⁵ MARTÍN DIZ, F., “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de Administración de Justicia”, en MARTÍN DIZ, F. (Coord.) *La Mediación en materia de...*, op. cit., pág. 21.

⁸⁶ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op. cit., pág. 30.

al Poder Judicial la potestad de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” y si también lo es que dicha potestad es una forma fundamental y perfectamente válida de resolución de conflictos jurídicos o de conflictos de intereses, no es menos cierto que no es y que no debe ser la única⁸⁷.

Este ejercicio en exclusiva de la potestad jurisdiccional no excluye en ningún caso que los conflictos que surjan entre los ciudadanos puedan ser gestionados y resueltos mediante la utilización de otras vías.

El acceso a los tribunales de justicia ha de constituirse como garantía, como “*ultima ratio*” a la que los ciudadanos podrán acudir para obtener la tutela judicial efectiva de sus legítimos derechos e intereses, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 24 de nuestra Carta Magna.

La tutela judicial efectiva es un derecho consagrado constitucionalmente, en virtud del cual los ciudadanos pueden hacer valer ante los tribunales la defensa de sus legítimos derechos e intereses.

Como apunta FIGUERUELO BURRIEZA, “el libre acceso a los Tribunales de Justicia se considera en todos los pueblos civilizados como un derecho fundamental basado en la idea de que, en un Estado de Derecho, la petición de Justicia es un derecho inalienable del individuo, que a nadie puede ser negado, como medio necesario para obtener el amparo de la jurisdicción”⁸⁸.

Por tanto los ciudadanos tienen y han de tener derecho, en todo caso, a acudir a los tribunales a fin de hacer valer sus derechos e intereses⁸⁹.

⁸⁷ Vid. MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela...*, op. cit., pág. 59.

⁸⁸ FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 28.

⁸⁹ Como apunta GUASP, “no hay que olvidar que el proceso es meramente un instrumento de que el estado se sirve, porque cree en su eficacia técnica para obtener determinados fines. Si tal confianza desaparece, es decir, si se estima que estos fines pueden alcanzarse mejor con otros medios, el proceso no tendría razón de existir”. GUASP, J., *Concepto y Método de...*, op. cit., pág. 22.

3.2 LA TUTELA JURÍDICA MÁS ALLÁ DE LA TUTELA JURISDICCIONAL

Ahora bien, se podría afirmar que el ordenamiento no sólo se sirve para obtener su realización de la tutela jurisdiccional otorgada por jueces y tribunales, sino que podríamos referirnos, en un concepto más amplio, a una tutela jurídica.

La tutela jurídica tiene referido su ámbito al Derecho en general, como conjunto de deberes, poderes, derechos subjetivos e intereses, mientras que el ámbito de la tutela jurisdiccional es menos extenso, toda vez que se refiere a la potestad y función del Estado dirigida a actuar de modo imperativo y coactivo el mandato jurídico de la norma, cuando concurren determinados presupuestos y condiciones y a través del instrumento que el ordenamiento jurídico ha establecido para ello que es el proceso judicial.

Por tanto, las normas jurídicas existen y despliegan su plena eficacia dentro del proceso, pero también más allá del mismo, por lo que se puede afirmar que la tutela jurisdiccional es un modo de actuar la tutela jurídica, pero evidentemente no es el único.

En este sentido, como afirma BARONA VILAR, “cuando el legislador constituyente español estableció el derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 24 CE y la función jurisdiccional atribuida a los órganos jurisdiccionales del Estado en el art. 117.3 CE, está consagrando un derecho y la vía y personas para su cumplimiento.

Debe tenerse presente, sin embargo, que como Derecho que es, *ultima ratio* de la tutela de los ciudadanos por parte del Estado, puede no ejercerse, si bien los supuestos en que el ejercicio del mismo no se lleve a cabo deben quedar delimitados en una órbita del ordenamiento jurídico concreto, es decir, en el sector de lo que podría denominarse como derechos o materias disponibles para las partes. Ello significa, en consecuencia, que allá donde el ordenamiento jurídico español permita la oportunidad de tutela y la disponibilidad de la materia que se somete a tutela, cabrá eludir la vía judicial, si se quiere, y los órganos jurisdiccionales como representantes del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional”⁹⁰.

⁹⁰ Vid., BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de conflictos...*, op. cit., pág. 186.

En este sentido también, afirman GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO y PENÍN ALEGRE que “la proclamación de la libertad como valor superior del ordenamiento y el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad deben conducir a los poderes públicos a promover la autocomposición de los conflictos en el ámbito en el que la ley no limita la autonomía de la voluntad, sobre la base de la voluntariedad y sin merma, claro está, del pleno respeto por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que la Constitución consagra”⁹¹.

PRATS ALBENTOSA va un poco más allá y afirma que “sin duda, el recurso directo a los Tribunales, sin intentar soluciones auto-compositivas, no ha de estar vedado en ningún caso. No obstante, los litigantes deberían demostrar, efectivamente, al Juez, que han agotado todos los medios legítimos a su alcance para resolver el conflicto, o que la gravedad de la lesión padecida es tal que, razonablemente, justifica que se acuda a ellos directamente. En consecuencia, los Tribunales deberían tratar con disfavor a quien no les demuestre que ha agotado todas las vías no judiciales para llegar a solucionar su litigio y, además, deberían tener a su alcance medios para reconducir el conflicto, cuando sea posible, a tales vías de solución, sin que ello implique denegación de su ministerio, sino, al contrario, producirá un mejor ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva por los ciudadanos”⁹².

MEJÍAS GÓMEZ sostiene que “de *lege ferenda*, hubiera sido más correcto, desde una perspectiva teórica, incluir en el actual artículo 24 de nuestra Constitución un primer número que se dedicara a la tutela de derechos y libertades fundamentales, en general, y en particular referido a todas las Administraciones Públicas y a los institutos destinados a la resolución de conflictos mediante vías alternativas a la jurisdicción”⁹³.

⁹¹ Véase, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. y PENÍN ALEGRE, M.L., “Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de...*, op. cit., pág. 8.

⁹² PRATS ALBENTOSA, L., “Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, *Diario La Ley*, Nº 7625, Sección Tribuna, 9 Mayo 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY, págs. 1-2.

⁹³ Véase en este sentido, MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela...*, op. cit., pág. 66. Sustenta el citado autor su afirmación en los precedentes constitucionales en España. “En la Constitución Española de 1812, no sólo se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que pretende, más bien limitar al máximo la intervención de los jueces, potenciando fórmulas

Entiendo que es más que obvio que defender o postular la apuesta por otras vías, alternativas o complementarias, para la resolución de determinados conflictos o litigios, en ningún caso implica rehuir o dejar de lado la utilización del proceso judicial.

Todas las personas y entidades dedicadas a la gestión y resolución de conflictos, ya sea desde los poderes públicos o desde instituciones privadas, tienen la obligación de tutelar los derechos e intereses de los ciudadanos. La tutela de dichos derechos e intereses no es algo atribuido en exclusiva al Poder Judicial, si bien es cierto que éste es, y ha de ser, el último baluarte al que los ciudadanos podrán acudir.

TARUFFO señala que “la posibilidad de que las controversias se resuelvan por los jueces a través de procedimientos reglados por la ley y de resoluciones justas y legítimas, constituye la base de todo ordenamiento jurídico actual. (...) Todos los ordenamientos modernos, al menos en el mundo occidental, se orientan en este sentido: la cuestión compleja de la elaboración y de la aplicación de las garantías constitucionales del procedimiento, desde el acceso a la justicia, al *justo proceso*, hasta la obligación de motivar las sentencias, es el testimonio más importante del papel central asignado al proceso jurisdiccional en el sistema de los derechos y de su tutela”⁹⁴.

Ahora bien, la fundamental existencia del procedimiento jurisdiccional, no tiene porque limitar o anular la posibilidad de utilizar otras vías de resolución de

alternativas de solución de conflictos. Así en el artículo 280 del texto constitucional de 1812 se disponía que no se podrá privar a ningún español del derecho a terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes. Por su parte, el artículo 281 disponía que la sentencia que dicten los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubieran reservado el derecho a apelar. Tales artículos vendrían a garantizar lo que podría denominarse *derecho a la tutela arbitral* en paralelo a un inexistente reconocimiento del derecho a la tutela judicial. Asimismo, el artículo 282 afirmaba que el alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias deberá presentarse a él con ese objeto. El artículo 283 determinaba que el alcalde con dos hombres buenos, nombrados por cada una de las partes, oír al demandante y al demandado, se enterará de las razones en que respectivamente apoyen su intención y tomará, oído el dictamen de los dos asociados, la providencia que le parezca para el fin de determinar el litigio, sin más progresos, como se terminará en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial. Finalmente, el artículo 284 determinaba que sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación no se entablará pleito alguno.”

⁹⁴ Véase, TARUFFO, M., “Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos”, en TARUFFO, M., ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y CANDAU PÉREZ, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, págs. 112-113.

conflictos que, en ocasiones, pueden incluso resultar más adecuadas que el propio proceso, dependiendo de determinadas circunstancias y de la propia naturaleza e idiosincrasia del conflicto a tratar.

A este respecto, afirma BARONA VILAR que “el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE no supone que la vía del Estado-Juez-Proceso sea obligatoria, ni tampoco que sea la única vía para la resolución de los conflictos; de este modo, el particular puede bien acudir a esta vía u optar por otros cauces diferentes que pueden ir desde las fórmulas autocompositivas hasta otros cauces como el arbitraje, que responden a los mismos parámetros de la heterocomposición”⁹⁵.

En el mismo sentido, MARTÍN DIZ señala que “el experto jurista y el ciudadano de a pie cada vez son más conscientes de que la Justicia puede obtenerse en otras instancias distintas y diferentes al proceso judicial. El arbitraje, la mediación o la conciliación vienen abriendo nuevos horizontes sobre la base de su regulación legal, las experiencias previas desarrolladas, o, siendo más resultadistas, las propias consecuencias positivas de acudir a estas interesantes opciones de solución del conflicto y, en definitiva, de Justicia”⁹⁶.

Y, por su parte, RAMOS MÉNDEZ, refiriéndose al sistema público de justicia y a los medios extrajudiciales, apunta que “la oferta de varios modelos aumenta las posibilidades de opción del usuario, que puede elegir uno u otro en función de sus necesidades. La eventual competencia entre modelos no es negativa, sino que permite estimular el rendimiento y las mejoras en las nuevas versiones de uno y otro, que suelen plasmarse en las oportunas reformas legislativas. Como es lógico, en principio, los criterios de elección tienden a valorar la adecuación del modelo al caso controvertido y a potenciar sus ventajas intrínsecas en relación con la mejor resolución del mismo”⁹⁷.

⁹⁵ Vid. BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de conflictos...*, op. cit., pág. 212.

⁹⁶ MARTÍN DIZ, F., “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de Administración de Justicia”, en MARTÍN DIZ, F. (Coord.) *La Mediación en materia de...*, op. cit., pág. 22.

⁹⁷ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op. cit., págs. 36-37.

4.- HACIA UN SISTEMA DE JUSTICIA AVANZADO

A la hora de afrontar un conflicto, la opción de elegir entre el proceso judicial u otros mecanismos alternativos no tiene por qué plantearse como una disyuntiva rígida y absoluta.

Señala TARUFFO que “la existencia de una justicia pública accesible y eficiente es la condición necesaria para que se plantee de forma correcta el problema de los métodos alternativos de solución de las controversias. En efecto, debe colocarse a las partes en posición de elegir, según sus preferencias, entre distintas técnicas de solución de las controversias, entre las que tiene que existir una relación de equivalencia funcional. Esto significa que las distintas alternativas posibles, incluso la jurisdiccional, han de tener el mismo nivel de eficiencia. Por lo tanto, es preciso que los legisladores garanticen la eficiencia y la accesibilidad de la justicia pública: sólo si se da esta condición, será legítimo permitir que las partes elijan otros métodos para la solución de sus controversias. En cambio, si la justicia pública no es accesible y no es eficiente, esto no sólo supone una violación gravísima de las garantías constitucionales, sino que transforma las alternativas en remedios necesarios e inevitables y, por lo tanto, ya no serían objeto de una elección libre y discrecional de las partes”⁹⁸.

Del anterior análisis efectuado por el referido autor parece desprenderse que la culpa de los actuales males y problemas de la justicia puede achacarse en cierta medida a la existencia de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, viéndolos como una suerte de justicia de segunda clase y como una vía de escape que han buscado los ordenamientos jurídicos de los Estados para aligerar la excesiva carga de trabajo que soportan sus tribunales.

Entiendo que el actual desarrollo y fortalecimiento de los sistemas alternativos no obedece sólo a razones coyunturales, para evitar cargas excesivas a los tribunales y dilaciones en los procedimientos, sino que existen razones de otro tipo como por ejemplo un cambio de cultura sobre la solución y tratamiento de los conflictos al

⁹⁸ Véase, TARUFFO, M., “Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos”, en TARUFFO, M., ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y CANDAU PÉREZ, A., *Consideraciones sobre...*, op. cit., pág. 127.

margen de los procesos judiciales y una demanda social de Justicia que no puede satisfacer únicamente el proceso judicial.

Por tanto, la indispensable tutela judicial no es el único mecanismo ni siempre el más efectivo para la satisfacción de los derechos y la resolución de los conflictos dadas las reconocidas ventajas inherentes a estos métodos alternativos que, en especial con determinados temas, se adaptan mejor al perfil de los conflictos y permiten su apaciguamiento de forma consensuada, evitando el recurso al juez⁹⁹.

Obviamente, la eficiencia y la accesibilidad de la Justicia pública se antojan claves para el buen funcionamiento de cualquier Estado, pero considero que no “sólo si se da esta condición, será legítimo permitir que las partes elijan otros métodos para la solución de sus controversias”¹⁰⁰.

Las partes han de tener derecho, como afirmación de su autonomía de la voluntad, a elegir, en cualquier caso, aquel mecanismo de solución de conflictos que más se adapte o adecue a su problema en concreto y que, por tanto, mejor pueda satisfacer sus necesidades e intereses.

Tal y como señala RAMOS MÉNDEZ, “lo más relevante, en mi opinión, es el afloramiento de otros valores que surgen de la reflexión sobre la posición del ciudadano en relación con el sistema procesal. Sin duda, el principal es el valor libertad y su ejercicio legítimo a través de decisiones voluntarias, que no comprometen los derechos ajenos. Existe un amplio margen de actuación que no pone en peligro la tutela efectiva, No hay que tratar a los ciudadanos como niños pequeños que no pueden vivir al margen de la tutela efectiva que proporcionan los tribunales de justicia. Tampoco hay que suministrársela como si fuera aceite de ricino. Hay que asumir que el espacio jurídico que abarca el ordenamiento contiene

⁹⁹ En este sentido se expresa el texto del Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, número de expediente 2222/2010 (JUSTICIA). Disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2010-2222.

¹⁰⁰ Como señala MARTÍN DIZ, “la cuestión que no es discutible es que el monopolio para resolver litigios a través del proceso corresponde al Estado, a la par que es perfectamente compatible con la existencia de otros métodos complementarios de solución de conflictos, y aquí sí en su acepción estricta, ajenos al proceso”. Vid. MARTÍN DIZ, F., “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DIZ, F. *La mediación en materia de...*, op. cit., pág. 33.

sectores en los que las partes pueden moverse con libertad. En este marco, surge la potenciación de instituciones que siempre estuvieron ahí y que ahora tratan de volver a aprovecharse con una adecuada puesta al día”¹⁰¹.

Por tanto, en muchas ocasiones el mecanismo a elegir a fin de lograr la tutela efectiva podrá ser el procedimiento judicial, pero en otras muchas puede ser que haya otras alternativas que cumplan mejor con dicho cometido.

Las vías alternativas de solución de conflictos no han de sufrir las consecuencias negativas o ser víctimas colaterales de la situación que arrastra la administración de Justicia, no podemos esperar a que los Estados consigan solucionar dichos problemas para dar entrada a estos mecanismos.

La utilización de los mismos ha de configurarse como un derecho fundamental de los ciudadanos, incardinado dentro del derecho a la tutela efectiva en la más amplia acepción de éste.

Señalaba TARUFFO, que de no existir un sistema de Justicia pública accesible y eficiente, se transformaría a las alternativas en remedios necesarios e inevitables y, por lo tanto, ya no serían objeto de una elección libre y discrecional de las partes¹⁰². Entiendo que las alternativas al procedimiento judicial no son remedios, que sí son necesarias, pero en ningún caso son inevitables.

Los métodos alternativos no son ningún remedio, ni por supuesto van a acabar con todos los problemas de la Justicia, es más, no han de ser entendidos simplemente como alternativos o complementarios a la jurisdicción, se trata de mecanismos autónomos de pacificación social y, por tanto, han de contemplarse como medios independientes de acceso a la Justicia.

En una sociedad moderna, donde la libertad de las personas se configura como un pilar social básico, se han de poner a disposición del ciudadano diversos medios para que puedan gestionar sus conflictos y poder optar por aquél que más se

¹⁰¹ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op. cit., pág. 42.

¹⁰² Vid, TARUFFO, M., “Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos”, en TARUFFO, M., ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y CANDAU PÉREZ, A., *Consideraciones sobre...*, op. cit., pág. 127.

adapte a sus necesidades e intereses. La idea del libre acceso de los ciudadanos a la Justicia y el desarrollo de estos métodos ha de verse desde esta perspectiva.

Son necesarios porque implican ofrecer al justiciable más recursos entre los que poder optar para solucionar sus problemas y porque en determinadas ocasiones pueden suponer una mejor solución que la que se pueda conseguir en vía judicial.

Pero en ningún caso, dichas vías son inevitables, el justiciable siempre podrá optar por acudir a los tribunales, si así lo estima oportuno, y no hay que perder de vista que el elemento fundamental de los medios autocompositivos de solución de conflictos, es, precisamente, el acceso voluntario a los mismos por parte de los ciudadanos.

Señala RAMOS MÉNDEZ que “la filosofía común de los medios alternativos es que todos ellos son voluntarios, es decir, suponen una opción personal del individuo y no le vienen impuestos por el sistema estatal. Ello le permite valorar las ventajas e inconvenientes, los pros y los contras, en relación con un litigio concreto o futuro y, consiguientemente, una elección responsable”¹⁰³.

Por tanto, si las partes de una controversia eligen alguna vía alternativa para intentar resolver la misma lo harán de forma consciente y voluntaria, y porque entiendan que ésta es más adecuada o les ofrece mayores ventajas que el proceso judicial.

Entiendo que no es adecuado intentar justificar las ventajas de los métodos alternativos de solución de conflictos partiendo de la mera crítica a los sistemas adversariales clásicos y de los actuales problemas que éstos vienen padeciendo.

Tanto unos como otros presentan una serie de ventajas y de inconvenientes, de lo que se trata es de saber qué mecanismo resulta más adecuado para la gestión y solución de un determinado conflicto atendiendo a una serie de factores, como pueden ser su naturaleza, la capacidad de las partes, la relación entre las mismas o los propios elementos configuradores del sistema de resolución elegido. Sólo de esta forma se conseguirá integrar adecuadamente estos métodos alternativos al sistema de administración de Justicia.

¹⁰³ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op. cit., pág. 42.

En este sentido, tal y como ponen de manifiesto URY, BRETT y GOLDBERG, “para crear un sistema efectivo de resolución de disputas, con carácter previo el diseñador debe diagnosticar previamente el sistema existente. Es necesario saber qué tipos de disputas se suscitan, qué procedimientos se utilizan y por qué las partes están utilizando un procedimiento en lugar de otro. El diagnóstico es esencial, ya que es poco probable que los cambios funcionen a menos que satisfagan las necesidades que llevan a las partes a utilizar los procedimientos existentes”¹⁰⁴.

4.1 LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA ACTUALIDAD

Que la situación actual de los sistemas de administración de Justicia, no sólo de España, sino de la mayoría de los países de nuestro entorno, no es buena, no es algo nuevo, ya hace muchos años que se viene hablando de la llamada “crisis de la Justicia”, que además se ha visto agravada en los últimos tiempos por una serie de variadas circunstancias.

El incremento de las relaciones jurídicas en la sociedad actual, como consecuencia de múltiples factores sociológicos y económicos, ha creado un panorama cada vez más complejo que ha hecho crecer exponencialmente el número de conflictos y ha puesto de manifiesto la insuficiencia y la ineficacia de los mecanismos de decisión clásicos¹⁰⁵.

La realidad ha demostrado que, en muchas ocasiones, la solución impuesta que ofrecen dichas fórmulas adversariales no pone fin al conflicto, sino que precisamente consigue el efecto contrario, generando nuevas situaciones de tensión que, a su vez, acaban en los tribunales¹⁰⁶.

¹⁰⁴ URY, W.L., BRETT, J.M., GOLDBERG, S.B., *Cómo resolver las disputas. Diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1995, pág. 27.

¹⁰⁵ Señala MARTÍN DIZ que “la función preventiva del Derecho, su orientación primigenia a ser un marco regulador de conductas que determine una convivencia ordenada, plácida y respetuosa, tiene uno de sus puntos débiles en el propio progreso humano. Nos referimos a la inevitable evolución de las relaciones humanas y sociales hacia nuevos fenómenos que dan lugar a nuevos problemas, a nuevos enfrentamientos, siempre necesitados de solución, a la cual el Derecho, por la propia naturaleza de las cosas, siempre acude con paso perdido.” MARTÍN DIZ, F. “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DIZ, F. *La mediación en materia de...*, op. cit., pág. 24.

¹⁰⁶ En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA apuntan que “los conflictos no encuentran solución con la sentencia que pone fin al proceso. Ni siquiera puede hablarse de que

Sin embargo, la historia nos muestra como la vía mayormente utilizada, para la resolución de conflictos ha sido y sigue siendo, hoy por hoy, la vía judicial o jurisdiccional, lo que nos obliga a replantearnos si este sistema de administración de Justicia es el más adecuado para el siglo XXI¹⁰⁷.

Se sigue manteniendo la clásica mentalidad confrontativa, donde lo que realmente importa es vencer a la otra parte y esta percepción justifica la visión que tiene el ciudadano de los tribunales como única vía de realización de la Justicia¹⁰⁸.

Tal y como pone de manifiesto RAMOS MÉNDEZ, “se ha identificado tradicionalmente el campo procesal con el escenario de las controversias, de los conflictos, de los litigios. Sin embargo, ésta es una visión parcial y harto guerrera de este sector del ordenamiento jurídico. Se corresponde con la forma externa de algunos fenómenos procesales, que se pretenden elevar a categoría universal. Durante años y aún en la actualidad ha servido para explicar la posición enfrentada de las partes en un juicio. El propio lenguaje e incluso algún sector del pensamiento procesal se acomoda al perfil de esta concepción: hay que desenterrar el hacha de guerra, hay que atacar al enemigo, en definitiva, hay que vencerlo, por su debilidad, temeridad o mala fe. Esta concepción justifica la

los litigios terminan. Con frecuencia la sentencia lo que hace es agudizar y agrandar más el conflicto y ser fuente de más controversias. La industria del litigio se multiplica geométricamente, dice Folberg, y lo podemos comprobar estadísticamente en nuestro propio país”. Vid. ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de...”, op. cit., pág. 18.

¹⁰⁷ Este exceso de judicialización, si bien se ha visto agravado considerablemente en los últimos años, no es algo nuevo, ya en 1532, en las Cortes castellano-leonesas celebradas en Segovia, se denunciaba el largo retraso que sufría el despacho de los pleitos, demora que era imputada al hecho de que todo el mundo, desde los más ricos a los más pobres, litigaban y que los juicios eran obstaculizados y retrasados por las mismas partes usando tácticas procesales meramente dilatorias. Las soluciones que se ofrecían a esta situación eran claras, por un lado incrementar el depósito que se exigía a los apelantes y por otro sustituir el proceso por el arbitraje. Vid. PEDRAZ PENALVA, E., “El proceso y sus alternativas”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995, págs. 11-58.

¹⁰⁸ Tal y como apunta SOLETO MUÑOZ, “la cultura de resolución de conflictos en España ha sido, hasta la fecha, fundamentalmente litigante. Varias notas nos pueden hacer reflexionar sobre ello: aún en el siglo XXI, seguimos teniendo algunas normas del siglo XIX, como la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del tiempo del Ministro Alonso Martínez, y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, sustituida por fin en 2000 tras más de 100 años de eficacia. Las formas y el funcionamiento de la Justicia siguen anclados en el siglo XIX, y la mentalidad subyacente a los procesos sigue sustentándose en los principios tradicionales, reforzados con los conseguidos a partir del advenimiento de la Constitución”. SOLETO MUÑOZ, H., “Presente y futuro de la resolución de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 31.

percepción del juicio como un combate o como un acto bélico, cuyo resultado perseguiría nada menos que imponer o restaurar la paz social. Prescindiendo de cualquier otro tipo de valoraciones, es obvio que tal visión es extremadamente limitada. Los sistemas de solución de litigios tienen una cobertura mucho más amplia y debieran excluir cualquier ánimo belicista en su filosofía de base”¹⁰⁹.

A la excesiva judicialización de los conflictos ha contribuido también, sin duda, la inflación legislativa producida como respuesta a las demandas de la sociedad para hacer frente a los conflictos derivados de la nueva realidad. El número de leyes y disposiciones normativas crece exponencialmente en todos los países, lo que a su vez genera mayores problemas y contradicciones en la aplicación de las mismas, complicando aún más si cabe el panorama jurídico¹¹⁰.

En este sentido, afirma BARONA VILAR que “enmarcado en ese fenómeno de la jurisdiccionalización de las sociedades modernas, especialmente llamativo a lo largo del siglo XX, se ha producido un curioso e inoperante desarrollo del proceso judicial, precisamente por el sorpresivo e imprevisible aumento de la conflictualidad social, que afecta a todos los sectores de las relaciones jurídicas, apareciendo lo que ha venido expresivamente denominándose como la *juridificación* creciente de la vida social en su conjunto, provocándose, a este respecto, el uso, cada vez más generalizado, de los diversos instrumentos que el sistema pone en manos de los ciudadanos, de los grupos, de las personas jurídicas,

¹⁰⁹ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op. cit., pág. 29. Igualmente a este respecto, refiere REDORTA LORENTE las reflexiones de LLUIS MUÑOZ SABATÉ, reconocido procesalista catalán, en el marco del IV Congreso Europeo de Ley y Psicología, celebrado en Barcelona en abril de 1994, “el modelo judicial español era agónico de cara al siglo XXI. En su opinión, presentar la Justicia sólo como un combate pasaría a no tener ningún sentido y que era preciso retornar a las fuentes naturales de resolución de los conflictos.” Véase, REDORTA LORENTE, J., “Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos”, en *Revista de Mediación*, Año 2, Nº 3, Marzo 2009.

¹¹⁰ En este sentido, señala MARTÍN DIZ que “sería positivo recomendar al legislador que cambie su mentalidad a la hora de afrontar sus funciones. Debe abandonar la pésima costumbre de legislar a golpe de demanda social, de realidad de nuevo cuño que requiere de una respuesta expresa y exigentemente acelerada, y que nos conduce irremisiblemente a normas efímeras, de poco calado social, e incluso que pasan desapercibidas, salvo para el especialista jurídico. Ha de sustituir este proceder por una actuación legislativa más estable, que se adapte a las mutaciones sociales, económicas y ciudadanas, pero sobre todo que afronte los derechos, bienes jurídicos, conflictos y disputas de los ciudadanos adentrándose en la raíz de los mismos y propiciando una *normativa* sistemática, flexible, eficaz, duradera y planificada. De conseguirse este objetivo, ya se habría recorrido gran parte del camino para reducir la conflictividad, la litigiosidad, y con ello se atendería a reflejar el primer pilar fundamental del Derecho: prevenir el conflicto”. MARTÍN DIZ, F., “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DIZ, F. *La mediación en materia de...*, op. cit., pág. 26.

etc. En suma, se ha producido una extensión omnipresente de la regulación jurídica y con ella de una presencia ubicua del Poder Judicial, de los tribunales que extienden sus tentáculos, en cuanto a ámbito de actuación se refiere, a todos los posibles espacios jurídicos. Es por ello que la regularización jurídica de todos los acaecimientos y actos de la vida han provocado un efecto expansivo de la tutela jurisdiccional. Las consecuencias del mismo, sin embargo, eran impredecibles y la inoperancia en ciertos casos del sistema judicial en su conjunto no se han hecho esperar”¹¹¹.

Además de estos factores, la globalización, la realización del mercado interior en la Unión Europea, la gran intensificación de los intercambios comerciales fruto de la misma, el incremento exponencial de la movilidad de los ciudadanos y el auge del comercio electrónico en la red, han provocado también que los conflictos transfronterizos surgidos entre nacionales de distintos Estados se incrementen considerablemente, por lo que a los problemas prácticos de saturación de los tribunales, se añaden otras cuestiones complejas de conflictos de leyes y de jurisdicciones.

En otras ocasiones, la causa se encuentra en la propia incapacidad de los particulares, y por ende de la sociedad, para solucionar sus propios conflictos, delegando en los órganos judiciales cuestiones que probablemente nunca debieran haber llegado a los mismos.

Señala MEJÍAS GÓMEZ, que “ésta es una de las consecuencias del llamado *Estado del Bienestar*, en el que los ciudadanos exigen del Estado que atienda todas y cada una de sus carencias, necesidades y problemas y que los resuelva, considerando que ésta es una obligación del Estado. Esto ha generado una costumbre, a modo de inercia social, consistente en que si dos personas tienen un problema no les compete a ellas resolverlo, sino a los poderes públicos. Existe una cultura acomodaticia y pasiva, que consiste en renunciar a la propia responsabilidad en la resolución de los conflictos que nos afectan, derivándolos a un tercero, que

¹¹¹ Vid. BARONA VILAR, S., “Solución extrajurisdiccional de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje,” en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de...*, op. cit., pág. 77.

siempre es el Estado, como ente todopoderoso capaz de resolver todos los problemas de sus ciudadanos”¹¹².

Y es que, como apunta REDORTA LORENTE, “tal vez le hayamos pedido a la Administración de Justicia que lo resuelva todo y además bien. Debiéramos reflexionar si no hemos introducido en el sistema judicial cuestiones que pretendemos que nos resuelva un tercero cuando podrían estar en muchos casos en el ámbito de decisión de los participantes”¹¹³.

Por otra parte, los ciudadanos generalmente sienten la ausencia de otros mecanismos o vías de resolución diferentes que les permitan intentar un “mejor” acceso a la Justicia. Es más, la mayoría de la población desconoce la posible existencia de otros medios de resolución de conflictos y, en consecuencia, no ven otra salida posible que la de acudir a los tribunales.

Como ponen de manifiesto ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, “el mensaje que se ha transmitido de generación en generación es que, ante un conflicto, el camino adecuado es acudir a los tribunales, pues únicamente de esta forma se restablecerá el derecho lesionado, el orden jurídico. La civilización occidental, especialmente en los países de tradición napoleónica, no ha potenciado las capacidades de la propia sociedad de resolver, sin intervención del aparato del Estado, los problemas privados, antes al contrario, ha potenciado el mito de la justicia como único mecanismo idóneo que puede reportar una solución beneficiosa”¹¹⁴.

Todos estos factores han provocado el actual grado de judicialización o procesalización de las disputas, que no ha hecho sino llevar a la demanda de tutela

¹¹² MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de...*, op. cit., pág. 60.

¹¹³ Vid. REDORTA LORENTE, J., “Entorno de los métodos alternativos de...”, op. cit., pág. 32. En este sentido también, HOYO SIERRA apunta que “nuestras sociedades presentan una conflictividad mayor de la que pueden resolver los tribunales de justicia. Y, los tribunales de justicia no siempre pueden abordar el tipo de conflictividad que en ella se plantea con justicia. Estos hechos delatan el fracaso de nuestras sociedades para implantar la democracia y el respeto a los derechos y, por tanto, son signo de una crisis que sólo cabe resolver revisando en profundidad la raíz de los conflictos.” Vid. HOYO SIERRA, I.A., “La idoneidad de los métodos alternativos de solución de conflictos”, en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.) *Métodos alternativos de solución de...*, op. cit., pág. 362.

¹¹⁴ ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de...”, op. cit., pág. 16.

de justicia al colapso y a la ineficiencia, mostrando la insuficiencia y obsolescencia, en ocasiones, de los sistemas clásicos de resolución de conflictos¹¹⁵.

Se hace necesario invertir esta tendencia. El sistema judicial sólo ha de ser utilizado cuando no exista otro método más adecuado o más eficiente para la resolución del conflicto.

Según PRATS ALBENTOSA “a los Tribunales se ha de acudir con mesura, pues no todo conflicto ha de tener sólo y siempre una solución judicial. Sólo cuando los intereses legítimos de los ciudadanos estén gravemente afectados, o no puedan ser tutelados más que con su intervención, que en tal sentido, será extraordinaria. Así puede decirse que en un Estado de Derecho el recurso inmediato y, por tanto, excesivo al Poder Judicial es incompatible con la genética de este Poder, y con su articulación funcional. Por ello no es anormal que no responda con agilidad automática, lo hace según el tempo de un Poder pensado y organizado para solventar graves y delicados asuntos, que, necesaria y afortunadamente, son pocos, y no millones, como las demandas que anualmente se presentan ante nuestros Tribunales”.

Continúa señalando el citado autor que “la Justicia «no es sólo» una cuestión de Jueces y Tribunales, sino también, y sobre todo, de los ciudadanos y de su convivencia. En una democracia los ciudadanos son los responsables, en primer término, de prevenir y solventar sus conflictos, en ejercicio directo, normal y pacífico de sus derechos. A este objeto y finalidad no necesitan de la intermediación de ningún poder del Estado que haya de intervenir en primera e inmediata instancia a tal fin”¹¹⁶.

¹¹⁵A este respecto, señala BARONA VILAR que “la jurisdiccionalización de las sociedades modernas, provocada por el aumento de la litigiosidad, en cantidad y calidad, la internacionalización y transnacionalización de los asuntos que convierten, en algunos supuestos, en inoperantes las soluciones nacionales reglamentadas o estatalizadas y, en general, los deseos de buscar, por parte de los Estados, una mayor eficiencia en la justicia, ha provocado que dos sean los puntos de mira en estos diez últimos años: primero, el deseo de convertir en realidad el acceso a la justicia de todos los ciudadanos y, segundo, buscar soluciones de Justicia alternativa o complementaria que faciliten, en palabras de VESCOVI, no sólo el descongestionamiento de los tribunales judiciales admitiendo los reclamos de todos los ciudadanos, sino en la búsqueda de una mejor calidad de la Justicia”. Véase BARONA VILAR, S., “Solución extrajurisdiccional de conflictos en el ámbito empresarial”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de...*, op. cit., págs. 40-41.

¹¹⁶ PRATS ALBENTOSA, L., “Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación ...”, op. cit., pág. 1.

Hay que partir, por tanto, de la premisa de que la solución de los conflictos interpersonales no va a necesitar de la intervención de un tercero que decida, sino que las personas han de estar lo suficientemente preparadas como para gestionar e intentar resolver sus propias controversias del modo más conveniente, con o sin ayuda de un tercero, pero sin que éste haya de resolver salvo en situaciones que así lo justifiquen¹¹⁷.

Intentar simplificar la resolución de conflictos, limitándola a la vía judicial clásica, implica negar la existencia de otros mecanismos o sistemas perfectamente válidos para tal cometido.

Comparto la aseveración de ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, cuando afirman que “hablar de métodos alternativos, hablar de mediación, supone asumir desde el punto de vista crítico la realidad del sistema de la Administración de Justicia en su conjunto, para llegar a la conclusión de que la respuesta judicial emanada de un proceso contencioso, debe estar basada en el principio de intervención mínima, cuando no sea posible por otros medios dirimir un conflicto de intereses o cuando la naturaleza de los hechos no admita otra salida que la de una decisión de un tribunal impuesta coactivamente. Para otros muchos casos, el propio Estado debe propiciar la devolución a los ciudadanos de la capacidad de encontrar la solución adecuada”¹¹⁸.

Según se pone de manifiesto en un estudio realizado por PASTOR PRIETO¹¹⁹, la mitad de los casos civiles que se tramitan en España son de mero trámite y más de uno de cada seis son de jurisdicción voluntaria.

Bastantes asuntos que hoy en día siguen tramitándose en sede judicial, como las separaciones o divorcios de mutuo acuerdo o las gestiones del Registro Civil,

¹¹⁷ Afirma REDORTA LORENTE que “entre los dos sistemas básicos en la doctrina jurídica de heterocomposición de los conflictos (el tercero toma la decisión correcta) y autocomposición de los conflictos (las partes adoptan la decisión que les es conveniente), parece que hemos optado por el primero, de formas tan desequilibrada, que nos hemos desresponsabilizado totalmente de la solución de los problemas que nos creamos”. Vid. REDORTA LORENTE, J., “Entorno de los métodos alternativos de...”, op. cit., pág. 32.

¹¹⁸ ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de...”, op. cit., pág. 16.

¹¹⁹ Véase PASTOR PRIETO, S., “Eficiencia y Medios Alternativos”, en HEREDIA CERVANTES, I., *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, págs. 60-61.

podrían ser desempeñados por otras personas u organismos, liberando a los Juzgados de dicha carga, la cual, por otra parte, supone un importante volumen de trabajo. De hecho, en la actualidad se está trabajando en un proyecto de ley que pretende liberar a los Tribunales de dichas funciones, atribuyendo las mismas a los Registradores de la Propiedad y a los Notarios.

Aproximadamente una cuarta parte de los asuntos civiles tiene una cuantía inferior a mil euros, por lo que se cuestiona, y con razón, si es realmente oportuno, razonable y eficiente poner en marcha el dispositivo judicial para estas reclamaciones de escasa cuantía.

Tal y como apunta SOLETO MUÑOZ, “los factores de la alta judicialización de los conflictos en España son diversos. Entre los atinentes a la configuración del sistema de Justicia se pueden encontrar un muy bajo coste judicial. La gratuidad o casi gratuidad de la Justicia hasta recientemente ha seguido fomentando una visión litigante del Derecho”¹²⁰.

Hasta la aprobación de la reciente *Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses*¹²¹, presentar estos procesos de reclamación de cantidad no suponía un gran coste económico para las partes, de hecho, el coste podía ser inexistente cuando las reclamaciones de cantidad no superaban los dos mil euros, al no precisarse la intervención de abogado y procurador. Sin embargo, los costes para la Administración de Justicia eran muy elevados, teniendo en cuenta los recursos personales y materiales que hay que desplegar para la tramitación de estos procesos y el elevado número que se atiende anualmente¹²².

¹²⁰ SOLETO MUÑOZ, H., “Presente y futuro de la resolución de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 32.

¹²¹ BOE núm. 280, de 21 de noviembre de 2012.

¹²² Según un estudio de GEMME (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación, creado en el año 2004 para impulsar y prestigiar la mediación desde la propia Administración de Justicia como medio alternativo al proceso judicial clásico), sólo un 15% del total de pleitos civiles que se presentan al año en España, encierra verdadera controversia jurídica, por lo que el resto de procedimientos podría haber sido resuelto mediante la utilización de otros métodos de resolución de conflictos. Vid. <http://www.gemme.eu/nation/espana>.

Quizás, en este sentido, y al objeto de frenar este desmesurado afán por litigar ante los tribunales, está la justificación del legislador al apostar por el restablecimiento de las tasas judiciales, independientemente de las críticas que está recibiendo desde la práctica totalidad de los sectores y operadores jurídicos por la poca proporcionalidad de las mismas en determinados supuestos¹²³.

Probablemente un aumento de los costes de litigar pueda contribuir a que las partes busquen vías alternativas de resolución en aras a la consecución de un acuerdo que ponga fin a su conflicto.

De hecho, parece que ésta es también una de las intenciones del legislador con la mencionada Ley 10/2012, cuando en el propio Preámbulo de la misma dispone que “con la finalidad básica de incentivar la solución de los litigios por medios extrajudiciales, se establece una devolución de la cuota de la tasa, en todos los procesos objeto de la misma, cuando se alcance una terminación extrajudicial que ahorre parte de los costes de la prestación de servicios. Se trata de una devolución de la cuota de la tasa que se efectuará después de que el Secretario judicial competente certifique que se ha terminado el proceso por dicha vía extrajudicial”, y en el art. 8.5 se fija en un 60% el importe de la cuota de la tasa que se devolverá en tales supuestos, una vez se produzca la firmeza de la resolución que ponga fin al proceso.

Las estadísticas judiciales y las manifestaciones de los propios jueces ponen de manifiesto que es prácticamente imposible, con las condiciones actuales, dar

¹²³ PASTOR PRIETO y VARGAS PÉREZ, antes de la nueva regulación de 2012, daban una serie de razones para justificar la posible conveniencia de la restauración de un adecuado sistema de tasas judiciales. Así, para dichos autores “La supresión de las tasas en 1986 -en medio de un casi total consenso parlamentario- se dijo estar basada en dos motivos, como medida de urgencia para atajar el descontrol del dinero en los juzgados y como forma de facilitar el acceso a la justicia. Es posible que su supresión tuviera sentido en 1986 como medida para erradicar posibles formas de corrupción, aunque tal mal tenía otros remedios, entre otros, usando mejor a las instituciones financieras. Este peligro, en todo caso, no es aducible hoy. Tampoco es de recibo que no haya tasas por razones de equidad. La adopción de las tasas no tiene por qué limitar el acceso a la justicia de quienes carecen de medios, cuyas necesidades se satisfacen de forma más eficiente con la prestación por justicia gratuita. Más bien es contrario a la equidad que los contribuyentes financien litigios entre personas o empresas cuya riqueza es muy superior a la de aquéllos. La tercera razón a favor de las tasas es su papel racionalizador de los litigios y del gasto en justicia. El principio general que opera en nuestras sociedades conlleva que, si el disfrute de un beneficio por un usuario supone un coste, el usuario pague un precio para compensar ese coste; esto es socialmente “adecuado”; desincentiva un consumo excesivo y evita la injusticia de que otros paguen por ello.” PASTOR PRIETO, S. y VARGAS PÉREZ, C., “El coste de la justicia: datos y un poco de análisis”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial. pág. 9.

cumplida respuesta en un plazo razonable al gran número de conflictos que reciben diariamente en sus respectivos tribunales.

De los resultados de la V Encuesta Judicial, realizada por el Servicio de planificación y análisis de la actividad judicial del Consejo General del Poder Judicial, en el mes de junio de 2010, se desprende que los propios jueces detectan como problemas habituales, y por este orden:

1. Adecuación de la carga de trabajo
2. Problemas generados por el exceso del trabajo
3. Problemas generados por las malas instalaciones
4. Problemas generados por la falta de medios técnicos
5. Problemas generados por la falta de personal
6. Problemas generados por la falta de preparación del personal

En concreto, y por lo que se refiere a la carga de trabajo, el 77% considera que la misma es excesiva y el 70% considera que dicho exceso de trabajo les repercute negativamente, generándoles problemas en su actividad profesional¹²⁴.

Para ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, “la función judicial en nuestro país se ha devaluado hasta extremos increíbles. El sistema absorbe impropiamente conflictos que no le corresponden, como consecuencia de una errónea concepción del principio de tutela efectiva. Alguien debería realizar una medición de los tiempos empleados en estos trabajos por funcionarios bien cualificados que emplean horas y horas en el montaje y formalización del proceso, en tramitar, emplazar, citar, resolver incidencias, nombrar abogados y procuradores (en su caso, previa tramitación del expediente de justicia gratuita), para que, al fin, no sirva para otra cosa que para que los ciudadanos implicados se pongan de acuerdo

¹²⁴ Ver <http://www.poderjudicial.es/eversuite>.

en algo que, posiblemente, podrían haber hecho al principio si hubieran alcanzado un cauce idóneo”¹²⁵.

Además, la crisis económica que está afectando a nuestro país desde hace algunos años, no ha hecho sino agudizar, más si cabe, los acuciantes problemas de la Justicia española, haciendo que la demanda haya aumentado notablemente en prácticamente todos los órdenes jurisdiccionales, siendo dicho aumento significativo en algunas jurisdicciones como la mercantil o la laboral, lo que, a su vez, ha provocado una mayor lentitud en la resolución de los procedimientos. La gran cantidad de asuntos recibidos por los órganos judiciales durante los años más álgidos de la crisis, 2008 y 2009 principalmente, supuso en algunos casos el práctico colapso de los mismos.

En el Informe “Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales” del Consejo General del Poder judicial, se puede apreciar cuál ha sido el impacto real producido por la crisis en la carga de trabajo de los distintos órganos jurisdiccionales.

Por ejemplo, en los Juzgados de lo Social, la evolución del número de procedimientos por despido en el cuarto trimestre de 2008 aumentó un 94,2%, en el primer trimestre de 2009 un 95,9%, en el segundo trimestre de 2009 un 48,4%, para iniciar ya una tendencia descendente que ha llevado a que en el primer trimestre de 2011 se haya bajado a -2,4%. Por lo que respecta a la evolución de las reclamaciones de cantidad ante dichos órganos, en el cuarto trimestre de 2008, las mismas aumentaron 56,5%, en el primer trimestre de 2009 un 44,8%, en el segundo trimestre de 2009 un 8,8% y en el primer trimestre de 2011 bajaron -12,7%.

En los Juzgados de lo Mercantil, la evolución del número de concursos de acreedores sufrió un incremento durante el cuarto trimestre de 2008 de un 257,9%, en el primer trimestre de 2009 un 219,7%, en el segundo trimestre de 2009 un 103,4%, y en el primer trimestre de 2011 bajaron -11,3%. Por lo que respecta a los incidentes presentados ante dichos órganos, durante el cuarto

¹²⁵ ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de...”, op. cit., pág. 30.

trimestre de 2008 aumentaron un 169,4%, en el primer trimestre de 2009 un 193,3%, en el segundo trimestre de 2009 un 221,2% y en el primer trimestre de 2011 bajaron -6,2%. Respecto de la evolución sufrida por el número de expedientes laborales tramitados ante estos órganos, la evolución es similar, así durante el cuarto trimestre de 2008 los mismos aumentaron un 310%, en el primer trimestre de 2009 un 177,4%, en el segundo trimestre de 2009 un 185% y en el primer trimestre de 2011 bajaron -8,6%.

En cuanto a los Juzgados de Primera Instancia y de Primera Instancia e Instrucción, la evolución de las ejecuciones hipotecarias tramitadas durante el cuarto trimestre de 2008 aumentó un 140,1%, en el primer trimestre de 2009 un 112,1%, en el segundo trimestre de 2009 un 83,2 % y en el primer trimestre de 2011 bajaron -21,2%. Respecto de los procedimientos monitorios, los mismos aumentaron durante el tercer trimestre de 2008 un 145,9%, en el cuarto trimestre de 2008 un 86,4%, en el primer trimestre de 2009 un 70,6% y en el primer trimestre de 2011 bajaron -10,3%.

Por último, en los Servicios Comunes de Notificaciones y Embargos, el aumento de la carga de trabajo también ha sido importante. Así, por lo que respecta a los embargos, los mismos aumentaron durante el primer trimestre de 2009 un 53,5%, en el segundo trimestre de 2009 un 33,8%, en el tercer trimestre de 2009 un 40,8% y en el primer trimestre de 2011 bajaron -31%. En cuanto a los lanzamientos, los mismos no han registrado esa tendencia a la baja que si han mostrado el resto de asuntos, así durante el primer trimestre de 2009 aumentaron un 51,9%, en el segundo trimestre de 2009 un 12,4%, en el tercer trimestre de 2009 un 25,2% y en el primer trimestre de 2011 un 36,8%¹²⁶.

En el Informe del Consejo General del Poder Judicial “La Justicia dato a dato”¹²⁷, correspondiente al ejercicio 2011, se puede constatar como en este año, sólo en el orden jurisdiccional civil, ingresaron 1.770.947 nuevos asuntos y se registraron 668.363 nuevas ejecuciones de sentencia, encontrándose al final del año en

¹²⁶http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Informes_estadisticos/Informes_periodicos/ci.Datos_sobre_el_efecto_de_la_crisis_en_los_organos_judiciales__Primer_trimestre_de_2011.formato3.

¹²⁷http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Analisis_estadistico/La_Justicia_dato_a_dato/La_justicia_dato_a_dato__ano_2011

tramitación un total de 1.896.983 ejecuciones, lo que da idea de la desmesurada carga de trabajo que vienen soportando los tribunales del referido orden jurisdiccional.

Los intentos de modernizar las estructuras procesales del Estado y de aumentar el número de medios materiales y humanos al servicio de la Administración de Justicia no han conseguido remediar la situación, no han supuesto sino soluciones parciales¹²⁸.

Según el Informe 2011 del Observatorio de la Actividad de la Justicia, *“Es necesario crear soluciones alternativas a las reclamaciones ante los tribunales”*¹²⁹, de la Fundación Wolters Kluwer España, la Planta Judicial en el año 2000 ascendía a 3.225 jueces y magistrados, en el año 2005 era de 4.225 y en el año 2010 de 5.187, es decir entre los años 2000 y 2010 se produjo un incremento de un 60,8 %.

Al mismo tiempo, el número de asuntos iniciados ante todos los órganos jurisdiccionales se incrementó en un 45,6 %, 6.449.239 asuntos iniciados en el año 2000, por 9.355.526 asuntos iniciados en el año 2010.

Estos datos, así como la inadecuación en muchas ocasiones del proceso judicial a la naturaleza de los conflictos a tratar o de los asuntos a resolver, hacen precisa la implementación de nuevos mecanismos de solución de conflictos que vengan a complementar a los ya conocidos y que garanticen a los ciudadanos un mejor acceso a la Justicia y al Derecho que demanda la nueva sociedad.

Tal y como señala SOLETO MUÑOZ, “mientras que en otros ámbitos de nuestra vida la tecnología y la investigación han producido cambios muy importantes de

¹²⁸ Según ponen de manifiesto ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, “en España se ha multiplicado por cuatro el número de juzgados, se modernizan las leyes, se quintuplica el número de jueces (en los últimos treinta años), y el sistema judicial sigue sin funcionar. Sin embargo, parece que nadie se para a pensar que en el Reino Unido, sólo con 1.200 jueces se ofrece, al doble de los ciudadanos de España (que cuenta ya con 5.000 jueces), una justicia de mayor calidad que la media de la Europa continental o, cuando menos, una justicia mucho mejor valorada entre la ciudadanía. Igual ocurre en otros muchos Estados de *Common Law*, fundamentalmente Nueva Zelanda y Australia, y de forma más significativa en Canadá. Curiosamente es en estos países en los que se desarrollaron los métodos alternativos de resolución de controversias en el último siglo, y en los que, en los últimos veinte años, se ha implantado y desarrollado la mediación”. Vid. ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de...”, op. cit., pág. 21.

¹²⁹ <http://www.fundacionwolterskluwer.es/html/Indicadores2011.pdf>.

comportamiento, en el ámbito del Derecho los principios, procesos, procedimientos, costumbres y etnias jurídicas se han mantenido inmóviles ante los aires de cambio.

El mundo jurídico español ha sido, hasta la fecha, profundamente conservador, y no me estoy refiriendo a una ideología vertida en el Derecho, sino a que la intención de los operadores ha sido mantener el *status quo* en lo que toca al Derecho y la forma de resolución de los conflictos”¹³⁰.

4.2 LA IMAGEN DE LA JUSTICIA PARA EL CIUDADANO

Para ESCUDERO ALDAY, “que el estado de la Justicia en España sea un tema recurrente en la discusión pública de los últimos tiempos es algo que no puede resultar sorprendente ni negativo. Por un lado es perfectamente comprensible que la Justicia sea una cuestión sometida siempre a debate. Y ello, porque si hay algo con lo que en principio puede relacionarse la Administración de Justicia es con la resolución de conflictos, es decir, con la forma como deban resolverse disputas relativas a bienes o derechos. Los conflictos se encuentran en la base de las relaciones humanas y sociales, lo que hace que la reflexión acerca de sus modos y métodos de resolución sea en todo momento una cuestión candente en el seno de los grupos y las organizaciones sociales”¹³¹.

En las noticias y en las distintas encuestas sociológicas que se publican cada año, la Justicia aparece siempre como uno de los servicios peor valorados por los ciudadanos.

Así, por ejemplo, según un estudio del año 2010, el II Barómetro de la Fundación Wolters Kluwer¹³², muestra como cerca del 70% de los españoles considera que la justicia es muy lenta y que las sentencias no se ejecutan con eficacia.

Según este mismo informe, para el 48% de los españoles, la Administración de Justicia funciona mal o muy mal y sólo un 10% de la población considera que la

¹³⁰ SOLETO MUÑOZ, H., “Presente y futuro de la resolución de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 32.

¹³¹ ESCUDERO ALDAY, R., en el prólogo de la obra de MARTÍN PALLÍN y PECES MORATE, *La Justicia en España*, Catarata, Madrid, 2008.

¹³² Véase *Diario La Ley*, Nº 7477, Sección Hoy es Noticia, 28 Sep. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY, LA LEY 20680/2010 y www.fundacionwolterskluwer.es.

Justicia funciona bien. Además, el 30% considera que funciona peor que hace dos o tres años.

Otro dato bastante preocupante es que seis de cada diez ciudadanos considera que la Justicia está anticuada; siete de cada diez consideran que es muy lenta y que las sentencias no se ejecutan con eficacia, y un 49% de la ciudadanía no cree que los tribunales sean imparciales en su actuación.

En cuanto a los jueces, el 54% de los encuestados creen que, a la hora de enjuiciar un caso y dictar sentencia, los jueces no suelen actuar con total independencia. Por otra parte, según el estudio, los ciudadanos creen que los tribunales actúan dejándose influenciar por los intereses del gobierno, las presiones de grupos económicos o sociales e incluso los medios de comunicación.

Otro estudio de Metroscopia¹³³, en este caso del año 2011, muestra como a lo largo de los tres años anteriores, es decir en el período más marcado por la actual crisis económica, se ha producido una notable erosión en la imagen que la ciudadanía española tenía de su propio Estado de Derecho.

Por un lado, en el momento de redactarse el informe, pasan a ser mayoría absoluta (54%) quienes creen que la situación del Estado de Derecho es, en España, peor que en los países más avanzados, mientras que en los tres años anteriores sólo daba esta respuesta un 30%.

O lo que es igual, uno de los efectos colaterales de la profunda crisis de nuestra economía es haber dañado severamente la sensación que tienen los españoles de estar viviendo en un Estado de Derecho de la máxima calidad.

Al mismo tiempo, el diagnóstico sobre la situación en nuestro país de la garantía y protección de los derechos fundamentales de las personas, experimenta un claro retroceso.

Así, para un 55% España se encuentra, en esta materia, en un nivel intermedio dentro del grupo de los países más avanzados (en 2008 daba esta respuesta un

¹³³ 4º Barómetro Externo de Opinión, "La imagen de los Abogados y de la Justicia en la sociedad española", informe elaborado en el mes de julio de 2011 por Metroscopia, Estudios Sociales y de Opinión, para el CGAE, Consejo General de la Abogacía Española. Texto disponible en http://www.icafe.com/docs/noticias/informe_abogacia.pdf.

62%), pero un 31% cree que estamos en el grupo de cola, casi el doble de los que daban esta respuesta en la encuesta realizada tres años antes que eran el 17%.

También, aumenta de forma significativa la proporción de españoles insatisfechos con los medios que el Estado destina actualmente a garantizar el derecho fundamental de la defensa jurídica. Un 54% de los encuestados los considera insuficientes y sólo un 27% entiende que sí son suficientes, cuando hace tres años dichos porcentajes estaban más próximos entre sí, reflejando un 47% y un 39% respectivamente.

En el Capítulo 5 del Informe, referente a “La imagen de la Administración de Justicia en la sociedad española”, se recogen una serie de conclusiones ciertamente preocupantes:

- De los encuestados el 50% considera que la Administración de Justicia en España funciona mal o muy mal, y lo lleva haciendo varios años. Sólo un 27% considera que la misma funciona bien o muy bien y el 21% entiende que regular.
- Un 58% de los encuestados entiende que la Justicia da una imagen anticuada.
- Un 84% cree que es tan lenta que, siempre que se pueda, vale más evitar acudir a ella.
- Igualmente, el 84% piensa que su lenguaje y sus procedimientos son excesivamente complicados y difíciles de entender para el ciudadano medio.
- El 76% considera que en muchas ocasiones no sirve de nada que se dé la razón a una de las partes, porque en la práctica la sentencia es papel mojado, ya que o no se cumple o se cumple tarde y mal.
- Un 62% entiende que, con frecuencia, los jueces no dedican ni la atención, ni el tiempo adecuado a cada caso individual.
- Para el 50% los jueces tienden a estar “fuera de onda” respecto de lo que ocurre en la sociedad.

- Un 33% cree que los jueces a la hora de dictar sentencia, no lo hacen con total independencia.
- Un 89% cree que, tal y como están las cosas ahora, la Justicia española necesita una reforma profunda y urgente.

Estos datos reflejan que el sentir de la sociedad española respecto de nuestros tribunales no es, precisamente, muy bueno y la valoración de la Justicia por los ciudadanos está en uno de los momentos más bajos de los últimos años.

El Barómetro pone de manifiesto un empeoramiento general de la imagen de la Justicia para los ciudadanos españoles, los cuales son incapaces de percibir las mejoras de carácter organizativo que desde la Administración se han intentado introducir, con mejor voluntad que eficacia, todo hay que decirlo.

A la vista de todos estos datos, es evidente que el ciudadano tiene una imagen bastante negativa del trabajo diario de jueces y tribunales y que los procesos de reformas estructurales y organizativas llevados a cabo en la Justicia hasta la fecha han pasado bastante inadvertidos para la sociedad.

Sin embargo, y esto es lo más contradictorio, cuando los mismos ciudadanos tienen un problema suelen elegir, casi siempre, los tribunales como primera vía para dar solución al mismo.

En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, señalan como paradójica “la relación amor-odio que los ciudadanos mantienen hacia esa superestructura de poder: reniegan de los jueces y de la justicia, a la que atribuyen grandes culpas respecto de los males del país y de la sociedad (no se distingue entre el Derecho, que es obra de los políticos que hacen la ley, y su aplicación por los jueces), pero se mitifica su intervención en otros muchos casos, y se apela con profesiones de fe a lo que digan los jueces en los casos más insólitos, desde la política y las finanzas hasta los deportes, incluyendo los ámbitos más íntimos y privados de las personas”¹³⁴.

¹³⁴ Vid., ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de...”, op. cit. pág. 15.

4.3 PROBLEMAS ESTRUCTURALES DE LA JUSTICIA EN ESPAÑA

Los principales problemas que sufre la Justicia hoy, no sólo en España, sino en la mayor parte de los países de nuestro entorno, hacen referencia fundamentalmente a la mala gestión de los recursos existentes y a la escasa eficiencia entre la oferta y la demanda, y los mismos son percibidos, no sólo por la sociedad, por los ciudadanos en general, sino también por todos los operadores jurídicos que participan diariamente en la administración de la misma¹³⁵.

Dichos problemas son de muy diversa índole:

- Lentitud de los procesos. Aunque se ha intentado legislativamente introducir reformas en aras a agilizar la tramitación de los procedimientos judiciales, lo cierto y verdad es que en la práctica la duración de los mismos sigue siendo excesiva¹³⁶.
- Dilación en la resolución de los mismos. En muchas ocasiones, sucede que a pesar de que la tramitación del proceso haya podido ir más o menos rápida, una vez el mismo queda visto para sentencia, ésta prácticamente nunca se dicta en los plazos establecidos legalmente, bien por la complejidad del asunto a resolver, bien por la acumulación de otros asuntos pendientes de resolución que tienen carácter prioritario o

¹³⁵ Véase PASTOR PRIETO, S., "Justicia y Economía: Panorámica, crítica e implicaciones", en *Justicia y Economía*, Manuales de Formación Continuada Consejo General del Poder Judicial, nº 49, Madrid, 2010, pág. 61.

¹³⁶ Para PECES MORATE, el problema de la lentitud y dilación de los procesos judiciales no es exclusivo de España, sino que se extiende a los países de nuestro entorno que responden a una misma tradición jurídica, así manifiesta: "No creo que la Justicia en España merezca un diagnóstico muy distinto del que corresponde a otros países europeos. Con las excepciones, por un lado, de Inglaterra e Irlanda, que tienen un sistema diferente y, por otro, de los países escandinavos, que tradicionalmente han asumido sistemas extrajudiciales de mediación y autocomposición que funcionan realmente bien. En los demás sitios no creo que pueda decirse que la situación sea muy distinta a la de España. Cada país tendrá su historia, sí, pero los sistemas son muy parecidos: sistemas de jueces funcionarios y en los que predomina la escritura. (...). Quiero decir que yo no creo que la situación en España sea más caótica que la de otros sitios. También allí existen quejas, por ejemplo, con el tema de las dilaciones. La cuestión de la lentitud no es en España más llamativa que en cualquier otro país. Uno de los Estados que ha tenido más condenas en Estrasburgo por lentitud en la Administración de Justicia ha sido Suiza, un país pequeñísimo. Los únicos lugares donde no se produce esa lentitud es en los países escandinavos, gracias a los sistemas de autocomposición extrajudicial, que actúan como un importante factor disuasorio, y en Japón, donde tener un pleito cualquiera, incluso un pleito civil, es como tener un hijo en la cárcel, está tan mal visto que la gente no acude a los juzgados." Vid. MARTÍN PALLÍN, J.A. y PECES MORATE, J.E., *La Justicia en...*, op. cit., págs. 125-126.

bien porque sencillamente dichos plazos son insuficientes, y, tal y como pone de manifiesto ORTIZ GONZÁLEZ, “el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas constituye la última garantía de todas las garantías de todos los derechos”.

Destaca también el citado autor los efectos que producen las dilaciones indebidas, puestos de manifiesto por la magistrada MANUELA CARMENA en el Seminario Internacional sobre *Dilaciones indebidas en el procedimiento civil* organizado por el Consejo General del Poder Judicial en 2001, dichos efectos serían:

- a) Perjuicio para las dos partes que litigan y en especial para la parte más débil, ya que cuanto más largo es un pleito más difícil es mantenerlo, sobre todo para quien tiene pocos recursos económicos.
 - b) La dilación encarece los pleitos, para los litigantes y también para el Estado que ha de sufragar el gasto del servicio público de la justicia (...).
 - c) La dilación afecta a la seguridad jurídica, ya que al no respetarse los plazos legales, nadie puede realmente saber cuánto va a tardar en obtener la respuesta judicial pedida.
 - d) La dilación impide el esclarecimiento de la verdad procesal, pues el transcurso del tiempo dificulta su recuerdo y hace difícil su reconstrucción¹³⁷.
- Saturación de los tribunales por el, cada vez, mayor número de asuntos que tienen que atender. Como he comentado anteriormente, la excesiva judicialización de las relaciones sociales y económicas ha dado lugar a una situación de práctico colapso en muchos órganos jurisdiccionales, siendo éste percibido por los propios operadores jurídicos como uno de

¹³⁷ ORTIZ GONZÁLEZ, A.L., “Dilaciones indebidas en el proceso civil. Experiencias y propuestas desde el Defensor del Pueblo”, en MORENO CATENA, V., DAMIÁN MORENO, J., GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. et al., *El Proceso en el Siglo XXI y Soluciones Alternativas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 265-266.

los mayores problemas de los que adolece la administración de justicia actualmente.

- Trato inadecuado a los ciudadanos participantes en un proceso. Por lo general, la gente cuando acude a un juzgado, o es parte en un procedimiento, suele no entender nada de lo que está sucediendo.

El lenguaje jurídico, a veces incomprensible para el ciudadano medio, y la complejidad de las actuaciones procesales hacen que la percepción que tienen dichos ciudadanos de lo que está sucediendo a su alrededor sea de total marginación¹³⁸.

Las explicaciones, a veces, suelen llegar de sus propios abogados, en caso de disponer de ellos, a quienes suelen remitir los jueces, secretarios y demás personal de la oficina judicial, a fin de recabar la información necesaria.

Todo esto genera una situación de evidente distanciamiento entre el ciudadano y su sistema de administración de justicia¹³⁹.

- Insuficiencia de medios materiales y humanos. Una de las mayores quejas del personal que trabaja al servicio de la administración de justicia, desde los jueces y secretarios al resto de miembros de la Oficina

¹³⁸ En este sentido, señala MARTÍN DIZ que “el proceso judicial se asimila (con razón) a una solución de conflictos intrincada, incomprensible para las partes en muchas de sus actuaciones y requisitos, a veces embarullada y aburrida, casi cargante. Entiéndasenos nuestro alegato anterior no como crítica a la actitud del juez y su desempeño profesional, sino por la cantidad de actos, trámites y protocolos que han de cumplirse (por imperativo de las normas procesales vigentes) y que muchas veces escapan de la propia comprensión del justiciable”. MARTÍN DIZ, F. “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DIZ, F. *La mediación en materia de...*, op. cit., pág. 42.

¹³⁹ A este respecto, apunta PECES MORATE que “es evidente que el modelo de juez tiene que cambiar. El juez ha de ser una persona preparada y lo más sabia posible, pero también muy próxima a las realidades y no metida en disquisiciones excesivamente teóricas. En nuestra experiencia profesional vemos mucho la diferencia que existe entre el abogado que es un hombre práctico, un hombre próximo a los conflictos y a la realidad, y aquel que por el contrario es excesivamente teórico, muy erudito, pero que se pierde en elucubraciones. (...)”

El tener una Justicia más próxima y más asequible a la comprensión de los ciudadanos no es consecuencia de una menor preparación de los jueces o de menor exigencia en su proceso de formación. Más bien al contrario, es el producto de una gran preparación, de mucho estudio y reflexión y, por supuesto, de un gran conocimiento de la teoría y también de la práctica, es decir, de las doctrinas y de las personas”. Vid. MARTÍN PALLÍN, J.A. y PECES MORATE, J. E., *La Justicia en...*, op. cit., págs. 29-31.

Judicial, es precisamente la carencia de suficientes recursos para desempeñar eficazmente su trabajo.

Son constantes las reivindicaciones de más órganos judiciales, de más jueces y de más funcionarios, para ayudar a superar la actual situación de saturación de la Justicia, sin embargo año a año ha ido creciendo el número de recursos disponibles, pero la situación no ha mejorado proporcionalmente¹⁴⁰.

- Escasa calidad y resultados injustos en las resoluciones judiciales, debido principalmente a la acumulación de asuntos a resolver que hace que, en ocasiones, se resuelvan los mismos sin la dedicación y minuciosidad oportuna que los mismos requieren.
- Inseguridad jurídica provocada por la imprevisibilidad del resultado del proceso, así como por su duración.

No siempre a un mismo conflicto o litigio jurídico se le da la misma solución, los jueces, como no puede ser de otra forma, tienen libertad absoluta en el desarrollo de su quehacer profesional y en la forma de aplicar e interpretar las leyes y demás disposiciones de rango normativo, pero ello da lugar a resoluciones contradictorias en determinadas

¹⁴⁰ En este sentido, se preguntan PASTOR PRIETO y VARGAS PÉREZ si “¿Son los problemas de la justicia cuestión solventable con más recursos? Es cierto que en algunos lugares hacen falta jueces, pero también lo es que en otros lugares sobran, de forma que con carácter previo debieran redistribuirse mejor esos recursos. Más aún, si en un lugar hiciera falta un juez adicional, no debiera duplicarse todo el coste que supone un juzgado, sino que habría que aprovechar las instalaciones, equipo y aquella parte del personal que pudiera compartirse por los dos órganos; no se olvide que el coste del juez no llega a ser la séptima parte del coste total de un órgano unipersonal. En ocasiones se trataría de aprovechar mejor la función de los secretarios judiciales que, entre otras asignaciones, podrían desempeñar funciones de letrados del juzgado o tribunal, al estilo de otros letrados públicos en nuestro país y de numerosos ejemplos en otros países. También es cierto que algunos juzgados están ubicados en instalaciones inadecuadas. Más importante, falta formación y, sobre todo, apoyo en la utilización de los sistemas de informática procesal. Con todo, la solución de nuestros problemas no proviene sólo de más máquinas, computadoras o edificios mejor equipados o más lujosos; ni siquiera de más personal, por importante que sea. Es imprescindible gestionar mejor, mucho mejor, para conseguir más con los medios disponibles y evitar el actual despilfarro.” Vid. PASTOR PRIETO, S. y VARGAS PÉREZ, C., “El coste de la justicia: datos y...,” op. cit., pág. 8.

ocasiones, es decir no existe la certeza jurídica de obtener una resolución concreta para un asunto determinado¹⁴¹.

Además, la incertidumbre provocada por la duración del proceso hace que, en determinados casos, cuando recae la resolución judicial que pone fin al procedimiento, ésta ya no es válida para resolver el conflicto planteado porque las circunstancias del mismo han podido alterarse sustancialmente durante su tramitación.

- Elevado coste económico de los procesos, no sólo para las propias partes implicadas en un conflicto, sino para la propia Administración de Justicia¹⁴².

Desde el punto de vista de las partes, el sistema de postulación dual que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico hace que, para prácticamente la totalidad de procedimientos e instancias judiciales, sea preceptiva la intervención de dos profesionales jurídicos, el abogado y el procurador, lo que supone que los costes económicos para el ciudadano se incrementen en comparación con otros ordenamientos donde no existe dicho sistema.

Además los honorarios de dichos profesionales, especialmente del abogado, no son especialmente bajos, aumentando los mismos en función de la cuantía y complejidad de la controversia a tratar y de las actuaciones a realizar, por lo que dependiendo del asunto del que

¹⁴¹ Como dice DIEZ PICAZO, “la seguridad exige poder predecir o pronosticar, dentro de ciertos márgenes, cuál será el resultado de un futuro litigio. La seguridad es deseable para cada uno de los individuos, pero es también un bien social porque en la medida en que se puede conocer de antemano el eventual resultado del litigio, éste dejará de plantearse”. DIEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del...*, op. cit. pág. 19

¹⁴² Dicen al respecto PASTOR PRIETO y VARGAS PÉREZ que “conviene advertir el error en que incurren muchas personas -especialmente en el mundo judicial- al considerar que la cuestión de los costes es irrelevante porque, como decía un colega, *la justicia está más allá de cualquier consideración de costes*. La justicia, como la sanidad, programa con el que guarda un estrecho paralelismo, depende de los costes, de las dotaciones públicas con que cuenta, de lo que cuesta directamente al usuario y de lo que cuesta a la sociedad el hecho de que no funcione bien. Los recursos son limitados y las necesidades públicas y privadas son muchas, de manera que hemos de tener en cuenta que casi siempre sacrificamos algo para conseguir algún objetivo. Y, a la vez, lo que hagamos mal no sólo afectará al caso concreto sino que será interpretado por otros destinatarios y usuarios potenciales del Derecho y de la justicia, quienes probablemente modifiquen sus conductas en consonancia.” Vid. PASTOR PRIETO, S. y VARGAS PÉREZ, C., “El coste de la justicia: datos y...”, op. cit., pág. 3.

estemos hablando, podemos encontrarnos con que presentar un procedimiento ante un tribunal para su resolución puede suponer un desembolso económico muy importante.

Bien es cierto, que en España disponemos de un buen sistema de asistencia jurídica gratuita, pero también lo es que se está abusando en ocasiones del mismo y que los recursos de éste tampoco son ilimitados, por lo que están empezando a surgir problemas de liquidez en algunas Comunidades Autónomas para proceder al pago de los servicios profesionales que se prestan desde los Colegios Profesionales en orden a cubrir la asistencia jurídica gratuita¹⁴³.

Desde el punto de vista de la Administración de Justicia, sucede que, en muchas ocasiones, es mayor el coste de desplegar la maquinaria judicial para resolver un asunto que la propia cuantía del mismo.

La anteriormente comentada *Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses*, ha venido a agudizar considerablemente este problema, haciendo que, en la actualidad, para muchos ciudadanos sea prácticamente imposible el acceso a los tribunales a fin de hacer valer sus derechos e intereses.

- Deficiente gestión de los recursos existentes. Entiendo que se precisan buenos gestores en la Administración de Justicia que racionalicen en cierta medida los recursos disponibles.

Como se ha comentado, en determinadas ocasiones lo que acontece no es la carencia o insuficiencia de medios personales y materiales, sino una mala o inadecuada utilización de los mismos.

¹⁴³ Especialmente significativo por su volumen e importancia es el caso de la Comunidad de Madrid que acumula importantes retrasos en el pago de dichos servicios y que ha llevado incluso a la paralización de los mismos por un tiempo. "(...) El reembolso se producía a veces con varios meses de retraso, lo que ha provocado que desde el 1 de julio los letrados no designen profesionales salvo para los casos más graves o importantes. En la actualidad, el montante de la deuda, según los colegios, es de 18 millones de euros (...)", fragmento de noticia publicada el día 20 de septiembre de 2011 en el periódico *El país*, disponible en: http://www.elpais.com/articulo/madrid/Consejeria/Justicia/quiere/control/turno/oficio/elpep/iespmad/20110920elpmad_3/Tes.

Existen determinados servicios que cuentan con escasez de personal y de medios, mientras que en otros sobran o no son aprovechados como se debería.

En este sentido, creo que sería adecuado que desde la propia Administración de Justicia se contemplase la posibilidad de incorporar la figura de un gestor o administrador que velase por el funcionamiento de dichos servicios.

- Falta de coordinación entre los distintos integrantes de la oficina judicial. Los miembros de la Oficina Judicial, jueces, secretarios y cuerpos de gestión, tramitación y auxilio judicial, realizan su trabajo un poco por libre, cada uno sabe lo que le compete y lo que tiene que hacer, pero en muchas ocasiones no existe comunicación, y por tanto coordinación, entre ellos, lo que sin duda genera un problema de eficiencia, cuando no de eficacia, en el correcto funcionamiento de nuestros juzgados y tribunales.

En este sentido, también, la figura del gestor o administrador podría ayudar a solventar dichas situaciones.

- Falta de responsabilidad de los causantes de la mala gestión de la Administración de Justicia.

La inexistencia de un efectivo control sobre el proceder de los encargados de administrar y gestionar la Justicia, hace que el anormal funcionamiento de la misma en muchas ocasiones quede sin respuesta en forma de sanción, o lo que es más grave de solución.

Solo en casos muy graves y flagrantes se expedienta a jueces o funcionarios por negligencia o mal proceder en el ejercicio de sus funciones, por lo que se hace necesario cambiar dicha situación y exigir de los mismos mayor responsabilidad, habiendo de dar cuenta de los posibles errores que cometan o de la dejación de las tareas que por su puesto de trabajo hayan de acometer.

- Falta de identificación de los ciudadanos con su propio sistema de Administración de Justicia.

Del resultado de los barómetros de opinión comentados anteriormente, es evidente que el sentir popular de nuestra sociedad respecto de la Administración de Justicia no es precisamente el mejor.

Existe un descontento generalizado con el funcionamiento y gestión de la misma, siendo especialmente preocupante el dato de que un porcentaje importante de la población no confíe en la total imparcialidad de los jueces en el desarrollo de su labor profesional y que un 89% de los encuestados considere que, en la situación actual, se necesita una reforma profunda y urgente.

- Insatisfacción de Jueces y Magistrados que, en muchas ocasiones, sienten que llegan a sus manos asuntos que nunca debieran haberlo hecho.

Como se ha señalado, existen una serie de circunstancias que han dado lugar a la masificación de litigios ante los tribunales, cuando en realidad muchos de ellos no debieran haber llegado nunca a los mismos, porque realmente no presentan controversia jurídica ni en cuanto a la determinación de los hechos, ni en cuanto a la aplicación del Derecho aplicable.

En este sentido, apuntan ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA que “si examinamos la estadística (tanto en la justicia civil como en la social, como en la penal e incluso en la contencioso-administrativa), las resoluciones judiciales que de una u otra forma tienen su fundamento en la conformidad de las partes, expresa o tácita, es muy numerosa, por lo que en realidad se realiza un trabajo de intendencia innecesario para organizar la puesta en escena de un proceso que, la mayor parte de las veces, se suspende o no llega a celebrarse por la conformidad de las partes; mientras que el trabajo de los jueces se devalúa al no estar dedicado al estudio y la reflexión de los asuntos que realmente necesitan de su atención profesional, de lo que proviene, en parte, la inmensa carga de trabajo a la que se ven sometidos, y la implantación absurda de

criterios de productividad numérica para fijar, incluso, su retribución”¹⁴⁴.

- Dificultades en la ejecución de las resoluciones judiciales. Las sentencias que ponen fin al procedimiento judicial normalmente no suelen gustar, al menos a la parte a la que la misma perjudica, cuando no a ambas, lo que provoca en muchas ocasiones problemas de incumplimiento de la misma.

A este respecto, señalan ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, refiriéndose a declaraciones de MUÑOZ SABATÉ, que éste “manifiesta desconocer, en su dilatada experiencia profesional, un solo caso en el que la persona que ha obtenido una sentencia en contra haya experimentado la sensación de que, realmente, él estaba confundido y que con los razonamientos jurídicos de la sentencia ha visto por fin la luz. (Como juez, doy fe de que en más de treinta años de ejercicio en los tribunales, jamás he recibido un mensaje en este sentido, ni me ha llegado noticia en contrario de ningún compañero). Al contrario, la sensación que generalmente se tiene es que se ha consumado una mayor injusticia con ellos, y se imputa la responsabilidad a los testigos, a la poca habilidad de su propio letrado, a la mayor capacidad de influencia del abogado de la otra parte, a la actuación de los peritos o, directamente, a la incapacidad o venalidad del tribunal”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de...”, op. cit. pág. 25. También en este sentido, apuntan que “por lo que se refiere a otros muchos casos en los que, aparentemente, existe controversia real, puede comprobarse que la disputa es notoriamente infundada y tiene su causa en posiciones subjetivas (o sentimientos) de ofuscación o malos entendidos, como después suele quedar de manifiesto cuando ya han desarrollado una batalla judicial y la propia existencia del litigio se ha convertido en el principal problema. Aquí los jueces tenemos reiteradamente la impresión, tanto en la primera instancia como en la apelación, de que hubiera bastado un mínimo esfuerzo negociador para que los litigantes hubiesen aclarado el problema que les originó la situación de conflicto. Prueba de ello es que es muy elevado el número de casos en los que ante el juez que intenta conciliar, los litigantes reconocen que no habían hablado antes de acudir al Juzgado, ni habían intentado un acuerdo”, vid. pág. 30.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, pág. 17. Argumentan también los citados autores que “el presupuesto ideal normativo (que tantas veces difiere en algún aspecto del caso concreto en que ha de ser realizada la norma) se plasma en una sentencia tras la incidencia en el proceso de muchos condicionantes de diverso signo, como la calidad del trabajo de los abogados de una y otra parte, la facilidad o dificultad probatoria, los anclajes y prejuicios de los jueces, o los errores en la transmisión o recepción de la información, por no citar el deficiente funcionamiento, en general, del sistema de la justicia en su

Podríamos enumerar más problemas, como la mala, escasa o nula comunicación entre las partes litigantes durante la tramitación del procedimiento -propiciada precisamente por la estructura legal de dicho procedimiento-; los excesivos formalismos del proceso civil que hacen que su configuración, aun hoy en día y pese a haber sufrido evidentes avances, sea bastante anticuada y poco eficiente; igualmente, y a pesar de los intentos de modernización, no se ha avanzado suficientemente en la informatización de los expedientes judiciales, lo que sin duda incide claramente en su eficacia y eficiencia; etc.

Frente a todos estos problemas que han provocado la llamada “crisis de la Justicia”, la solución adoptada por casi todos los Estados, como se ha comentado con anterioridad, ha sido la de incrementar el número de normas y disposiciones legales para intentar poner freno al imparable crecimiento de procedimientos judiciales que colapsan los tribunales.

Sin embargo, esta pretendida solución no ha surtido los efectos deseados, es decir no ha conseguido rebajar el nivel de litigiosidad y con ello la pesada carga de trabajo que soportan los juzgados y tribunales.

La solución no se encuentra en crear más leyes, se ha demostrado que, con ello, no se ha conseguido terminar con los mencionados problemas¹⁴⁶.

conjunto. Los estudios sobre psicología del testimonio, tanto en lo que se refiere a las enormes discrepancias entre lo que los testigos creen haber visto, lo que vieron y lo que cuentan que vieron, como en la percepción de tales manifestaciones por los jueces y jurados, y la influenciabilidad de los tribunales por la opinión pública, por la presión social o por la propia ideología del juez, nos muestran con toda evidencia que lo que hacemos servir como ideal de justicia es muchas veces un auténtico mito”. Por su parte, PECES MORATE apunta que “las partes buscan en la Justicia alguien que les escuche (...). Esto habitualmente no sucede cuando se acude a la Justicia, ya que en ésta, aunque esté rodeada de una serie de garantías, la probabilidad de que la respuesta sea insatisfactoria para el que acude a ella es mayor. El que pierde el pleito suele quedar defraudado.” MARTÍN PALLÍN, J.A. y PECES MORATE, J.E., *La Justicia en...*, op. cit., pág. 21. También en este sentido, MORENO CATENA, V., “La resolución jurídica de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 50.

¹⁴⁶ A este respecto, apunta MARTÍN DÍZ que “es más, en cierto modo puede ser contraproducente el exceso normativo a la hora de reglamentar todas y cada una de las relaciones, conductas y fenómenos sociales y del ciudadano. A nuestro juicio por dos motivos. Por un lado la mayoría de las reformas legales, por no decir todas, se limitan a resolver el concreto y puntual problema o conflicto de intereses o derechos recientemente aparecido, dejando al margen la verdadera raíz donde debe actuar el legislador: el origen y la naturaleza de ese conflicto. Hay un exceso de parcheo normativo de última hora que a modo y manera de tupido bosque no deja ver, o no quiere ver, ni atacar, el verdadero, el verdadero nódulo del conflicto con una regulación legal estable, completa y con visos de estabilidad futura. Esta circunstancia abre el paso al segundo motivo por el cual entendemos que el híper normativismo no es un fenómeno positivo cara a la

Tampoco se trata de dotar de más y más medios materiales y humanos a la Administración de Justicia, porque se ha acreditado también que cuantos más órganos jurisdiccionales se crean, mayor número de procedimientos judiciales se genera.

Como sostenía PASTOR PRIETO, “la insuficiencia de medios, más que un problema en sí mismo, ha de interpretarse como la causa de que se den buena parte de los restantes problemas y, por ello, puede ser una fuente de mejora general, aunque debe insistirse en que los problemas de la Justicia, y de la española en particular, no se resuelven sólo ni principalmente con más medios”¹⁴⁷.

Hay que intentar racionalizar el uso de los recursos, toda vez que éstos no son ilimitados.

Tal y como señala RAMOS MÉNDEZ, “hasta el presente, mayoritariamente, las leyes se han preocupado mucho de atribuir materias, distribuir casos, diseñar roles teóricos y muy poco de comprobar el funcionamiento real, de gestionar recursos. Probablemente va siendo hora de *incidir de forma más eficaz* en la gestión para poder cumplir mejor los objetivos previstos.

Ciertamente la aspiración de un sistema es dar una cobertura total, pero muchas veces ello parece una meta inalcanzable, con la consiguiente desmoralización. Sin perder de vista dicho objetivo, hay que pensar más en la adecuación de los recursos y, mejor aún, en la buena gestión de los disponibles. En este sentido, es inútil sobredimensionar el sistema con superestructuras no operativas o rígidas o

solución de los conflictos y litigios entre los ciudadanos. Nos referimos en este caso a una circunstancia de cariz básicamente psicológico. El ciudadano, ante la avalancha de normas y leyes que tratan de dar respuesta a casi todos los problemas existentes, genera un cierto sentimiento de rechazo a la norma y a su observancia, abrumado por tanta reglamentación. En este sentido no es que directamente el ciudadano trate de vulnerar o violar la norma y con ello generar conflictos o litigios, más bien lo que se produce es una cierta relajación en el cumplimiento de la misma. Quizá esta laxitud se produce de forma inconsciente, o por mero desconocimiento, pero con la conclusión evidente de que existe una falta de identificación del ciudadano con la norma, con su conocimiento y cumplimiento voluntario, y con la consecuencia, presumible, de que ello produce más conflictos, disputas y litigios a los cuales hay que continuar dando respuesta desde el Derecho”. MARTÍN DIZ, F. “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DIZ, F. *La mediación en materia de...*, op. cit., págs. 25-26.

¹⁴⁷ PASTOR PRIETO, S., “Justicia y Economía...”, op. cit., pág. 145.

con temas instrumentales, que malgastan bienes escasos y disuaden al usuario. Menos estructuras y más actividad racional”¹⁴⁸.

Por su parte, MARTÍN DIZ considera que “la reforma de la justicia, solventar su casi perenne crisis, ha de hacerse desde los cimientos y estructuras actuales, valiéndose de los medios (materiales, personales, legales) que están a disposición, y sobre todo, y por encima de todo, desde un proyecto de reforma general, completo y juicioso (valga la redundancia) que propugne un modelo global de justicia planificado y estable, que no avance a golpe de reforma parcial y parcheo ocasional. Además ha de ser un modelo moderno e integrador, en consonancia con los tiempos, necesidades (sociales y ciudadanas) y recursos (económicos y materiales) del presente y perfectamente compatible con un ejercicio previsor y razonable de hipotéticas y futuras necesidades en materia de solución judicial de litigios y conflictos. Solo así, entendemos, la justicia mantendrá su entidad, no se convertirá en un sucedáneo, y recuperará la confianza perdida por parte de la ciudadanía”¹⁴⁹.

Es posible que frente a la creación de nuevas leyes y de nuevos órganos judiciales que las apliquen, sea más conveniente plantearse la creación de otros recursos más eficientes, como por ejemplo incorporar gestores responsables que supervisen el correcto funcionamiento y utilización de los recursos existentes, detectar las disfunciones del sistema e incorporar nuevas formas o vías de resolución de conflictos.

4.4 LA CONVENIENCIA DE INCORPORAR VÍAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Frente a una concepción limitada de lo que ha de ser un sistema de solución de conflictos, basado en los clásicos métodos adversariales, se hace conveniente intentar adaptar la Administración de Justicia a las nuevas realidades sociales para hacer frente a los problemas mencionados y para ofrecer a los ciudadanos otras

¹⁴⁸ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op. cit., págs. 30-31.

¹⁴⁹ MARTÍN DIZ, F. “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DIZ, F. *La mediación en materia de...*, op. cit., pág. 36.

vías que le permitan gestionar sus conflictos de forma diferente y, sobre todo, de forma adecuada.

Como sostiene BARONA VILAR, “ante los conflictos jurídicos que se suscitan, dos son las líneas que podrían aglutinar las diferentes vías de solución de los mismos. Junto a la vía de la justicia estatal, institucionalizada y reglamentada, que responde a una intervención mayoritaria, pero no única, de los órganos jurisdiccionales, es posible también acudir a cauces privados, cuasi privados o, en todo caso, donde la participación, bien sólo en la opción e inicio o bien en el mismo desarrollo del procedimiento, se lleva a cabo a través de los sujetos que pueden o ya se hallan en conflicto”¹⁵⁰.

Se trata de intentar buscar y racionalizar los modelos adecuados de solución de conflictos para poder dar más y mejores respuestas. La vía a utilizar para resolver un conflicto ha de depender de la naturaleza del mismo, abogándose, en todo caso, por el mínimo de intervención judicial que ha de quedar reservada a los asuntos que efectivamente requieran de la misma.

Un buen sistema de resolución de conflictos será más eficiente en tanto en cuanto disponga de diferentes mecanismos que permitan gestionar y resolver las controversias suscitadas con el menor costo posible y con el mayor nivel de satisfacción para todas las partes implicadas en las mismas.

Como señalan ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, “la reforma de la Justicia necesita diversificar sus métodos, y cualquier intento de modernización de la Justicia que olvide completar el sistema clásico con las nuevas metodologías está abocado al fracaso, puesto que no hará más que reproducir las carencias estructurales. Es una realidad que nuestra sociedad ha cambiado, que ya no hay una masa de personas incultas y una élite de intelectuales que tienen el monopolio del poder y la clave para dar las respuestas precisas en Derecho. Los conceptos de autodeterminación y usos participativos en la toma de decisiones están

¹⁵⁰ BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de...*, op. cit., pág. 40.

implantados en todas las esferas, y es natural que también sean recibidos por el sistema de administración de Justicia”¹⁵¹.

Es necesario, pues, intentar hallar otras fórmulas, otras vías que permitan hacer frente de forma más adecuada a la conflictividad de nuestra sociedad contemporánea.

La mera visión procesalista del derecho de acceso a la Justicia ha quedado un tanto obsoleta, pero aún hay autores que recelan de la implementación de nuevas vías. En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS afirma que “la demanda de justicia es perfectamente legítima y no debe ser desoída o desdeñada. Y es desoída o desdeñada cuando en lugar de preocuparse por más y mejores recursos humanos y más medios materiales para la Justicia estatal, el Estado reacciona principalmente con la promoción de alternativas”¹⁵².

Considero que, en la situación actual, avanzado el siglo XXI y perfectamente asumidos los derechos y garantías fundamentales, no se trata de buscar alternativas para sustituir al procedimiento judicial, el cual siempre y en todo caso ha de estar presente y a disposición del ciudadano, ni tampoco de minusvalorar la trascendental importancia del mismo, se trata simplemente de ofrecer otros recursos que en determinadas ocasiones puedan ofrecer una mejor solución a determinados conflictos.

Comparto la opinión de MARTÍN DIZ, cuando afirma que “creemos firmemente que el hecho de buscar, analizar, introducir y potenciar métodos alternativos y complementarios en la solución de conflictos no responde a una moda pasajera, a un esnobismo propio del nuevo siglo o, incluso, a un *dejarse llevar* por las experiencias de derecho comparado consolidadas en otros países y culturas jurídicas. Más bien entendemos que la prospección jurídico procesal de nuevas alternativas al *viejo* proceso responde a dos grandes causas: la primera es la *inmanente* crisis de la justicia (quizá ya superada puesto que modernamente se habla de *crisis de la crisis de la justicia*), la segunda es la introducción en la sociedad

¹⁵¹ ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de...”, op. cit. pág. 40.

¹⁵² DE LA OLIVA SANTOS, A., “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”, Revista “Otrosí”, núm. 8, octubre-diciembre 2011, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, pág. 8.

de valores nuevos y distintos a los anteriormente asentados entre la ciudadanía que repercuten directamente, entre otras cuestiones, en las formas de solución de conflictos. Me estoy refiriendo de forma particular y concreta, en este segundo caso, a la implantación e impulso desde distintos ámbitos, tanto públicos como privados, del diálogo, de la denominada *cultura del acuerdo* y por ende a la *solución dialogada y conjunta* (frente a una mal entendida, a mi juicio, cultura de la confrontación e impositiva que representaría el proceso y la solución jurisdiccional de los conflictos)”¹⁵³.

La existencia de estos medios complementarios a la vía judicial clásica y su debida implementación, guiada por la convicción de encontrar mejores y más efectivas soluciones a los conflictos, va a permitir aliviar a los tribunales de una importante e innecesaria carga de trabajo, si bien entiendo que éste no ha de ser el principal objetivo de la utilización de estos métodos, sino una consecuencia lógica de su correcta aplicación.

Existen actualmente bastantes mecanismos diferentes de resolución de conflictos, lo cual es positivo ya que la oferta de varios modelos incrementa las posibilidades de elección de los ciudadanos, que podrán optar por uno u otro en función de sus necesidades y de la naturaleza del asunto que quieran resolver.

Ahora, lo que falta es que tengan conocimiento de ellos y se facilite el acceso a los mismos.

Para PASTOR PRIETO, “una mejora en los MASC, sea en coste, duración, eficacia o previsión de sus resultados hará que se use menos la Justicia y por tanto mejorarán, aunque sea en distinto grado, casi todas las dimensiones de la Justicia. Los MASC pueden constituir una mejora en la medida que reducirían la demanda (disminuiría la ineficiencia de la demanda que ahora existe), permitirían que los tribunales se concentrasen en aquello que hacen mejor y producirían más y mejor, con lo cual el sistema podría ser más rápido y padecer menor dilación. Además, facilitarían el acceso, si no a la Justicia, sí a un medio de tutela que de otra manera

¹⁵³ MARTÍN DIZ, F., “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DIZ, F., *La mediación en materia de...*, op. cit., págs. 34-35.

no existiría debido a los altos costes de las reclamaciones. También tendrían efectos beneficiosos sobre la competencia, calidad, previsibilidad y legitimidad”¹⁵⁴.

Entre las ventajas que ofrecen estos mecanismos complementarios de solución de conflictos se podrían destacar su carácter voluntario, la mayor participación y responsabilidad de las partes en la resolución de sus propios problemas, el menor coste económico de los mismos, su flexibilidad, su mayor rapidez y eficacia y su mejor adecuación para solventar definitivamente determinados conflictos, amén de la mayor satisfacción de los protagonistas implicados¹⁵⁵.

Podemos agrupar las ventajas que ofrecen los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en tres grandes grupos: A) Incentivos económicos, B) Adecuación y C) Eficacia¹⁵⁶.

4.4.1 Incentivos económicos

En primer lugar, podríamos hablar de los costos temporales. Ya se ha comentado con anterioridad, el problema de la lentitud de la tramitación y resolución de los procedimientos judiciales.

Frente a ello, la apuesta por mecanismos alternativos de solución de conflictos ofrece una mayor agilidad en la gestión de los conflictos, derivada básicamente de la flexibilidad y escasa formalidad de sus procedimientos.

Como notas comunes de todos estos métodos se podría señalar que son menos rígidos y formales que el proceso judicial.

Las reglas que van a regir el procedimiento son las que las propias partes decidan o en alguna ocasión se podrán acomodar a recomendaciones sugeridas por el tercero neutral o por la institución donde se vaya a desarrollar el mismo, a

¹⁵⁴ PASTOR PRIETO, S., “Eficiencia y métodos alternativos”, en HEREDIA CERVANTES, I., *Medios Alternativos de Solución de...*, op. cit., pág. 65.

¹⁵⁵ Véase, MORENO MARTÍN, F., “La mediación y la evolución histórica de la idea de conflicto”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de ...*, op. cit., pág. 35.

¹⁵⁶ Vid. clasificación análoga en OTERO PARGA, M., “Ventajas e inconvenientes de la Mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., págs. 146-149.

diferencia del proceso judicial donde las normas están establecidas de antemano y son de obligado cumplimiento.

Dichos “procedimientos” normalmente son consensuados por las propias partes y el tercero neutral participante, pudiendo los mismos fijar incluso la duración de éste.

Su extensión en el tiempo dependerá casi siempre de la complejidad del asunto y de las cuestiones a tratar. Hay asuntos que se podrán resolver en una sola sesión, mientras que otros posiblemente requieran de varias reuniones para tratar adecuadamente el asunto, pero en cualquier caso la duración siempre será menor que la de un procedimiento judicial¹⁵⁷.

Por lo que respecta a los costes meramente económicos, en estos procedimientos normalmente son mucho menores que los derivados de afrontar un procedimiento judicial¹⁵⁸.

Como sostiene PASTOR PRIETO, además “las ventajas no se limitan o refieren sólo a la eficiencia, sino que también constituyen mejoras de equidad. En la medida en que el coste sea reducido se facilita el acceso a un mecanismo de tutela a las personas desfavorecidas. En la mayoría de las reclamaciones de pequeña cuantía, como las de consumo, es de hecho la única forma de tutela eficaz con que cuentan las personas agraviadas, porque la cuantía y los medios con que cuentan los agraviados no permite una reclamación judicial costosa”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ En este sentido, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO y PENÍN ALEGRE señalan que “la autocomposición permite alcanzar acuerdos rápidamente o al menos la solución es susceptible de ser lograda con mayor inmediatez en comparación con procedimientos de confrontación arbitrales y judiciales, en los que necesariamente tiene lugar una sucesión de trámites de peticiones, alegaciones, pruebas y recursos que consumen tiempo. Su transcurso – en buena medida inevitable – ocasiona insatisfacción a las partes y un gran coste emocional cuando los sentimientos se hallan involucrados en el litigio”. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. y PENÍN ALEGRE, M.L., “Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de...*, op. cit., pág. 11.

¹⁵⁸ Afirma GONZALO QUIROGA que “el MASC ahorra en tiempo lo que podría conllevar gastarlo en un juicio de varios años con las consiguientes consecuencias económicas sobre el caso. Este ahorro de costes proporciona un medio de lo más adecuado para luchar por los derechos del justiciable sin temor a perder más tiempo y dinero del que, a lo mejor, ya les es debido”. GONZALO QUIROGA, M., “Introducción a los MASC: diagnóstico de la situación general”, en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos...*, op. cit., pág. 28.

¹⁵⁹ PASTOR PRIETO, S., “Eficiencia y medios alternativos”, en HEREDIA CERVANTES, I., *Medios Alternativos de Solución de...*, op. cit., pág. 57.

Para la propia Administración de Justicia también va a suponer un beneficio evidente, en la medida en que se evitaría que muchos de los procedimientos que hasta la fecha llegan a los tribunales, sean resueltos mediante la utilización de estos mecanismos, paliando en parte el problema de saturación que dichos tribunales vienen padeciendo.

Tal y como ponen de manifiesto ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, “hablar de métodos alternativos, hablar de mediación, supone asumir desde el punto de vista crítico la realidad del sistema de la Administración de justicia en su conjunto, para llegar a la conclusión de que la respuesta judicial emanada de un proceso contencioso debe estar basada en el principio de intervención mínima, cuando no sea posible por otros medios dirimir un conflicto de intereses o cuando la naturaleza de los hechos no admita otra salida que la de una decisión de un tribunal impuesta coactivamente. Para otros muchos casos, el propio Estado debe propiciar la devolución a los ciudadanos de la capacidad de encontrar la solución adecuada”¹⁶⁰.

Ahora bien, quiero insistir en la idea de que sería un error apostar o postular la utilización de estos métodos por la simple idea de que los mismos puedan suponer un alivio de la carga de trabajo de los tribunales, aunque, sin duda, ello pueda suponer una consecuencia lógica de su correcta implantación.

Hay que ver las evidentes ventajas que éstos presentan por sí mismos, es decir no han de ser contemplados como una válvula de escape de la Justicia y, por supuesto, no van a solucionar ni todos los asuntos, ni todos los problemas que ésta presenta actualmente.

Habrà que observar en todo momento si la utilización de alguno de estos métodos es adecuada para resolver un conflicto determinado, habrá ocasiones en así sea y otras en las que no.

A este respecto, señala RAMOS MÉNDEZ que “la existencia de modelos alternativos al sistema estatal de justicia permite, de una u otra forma, descargar a éste de un porcentaje de litigios más o menos numeroso y contribuye a la gestión racional de

¹⁶⁰ ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de...”, op. cit. pág. 16.

los recursos disponibles. Indudablemente son sistemas más rápidos y menos traumáticos. Pero no sirven para todos los casos, ni en todas las circunstancias. El equilibrio ideal de ambos modelos es todavía un *desiderátum*, que no se ha estimulado lo suficiente por múltiples factores”¹⁶¹.

En concreto, se hace más recomendable la utilización de dichos mecanismos, por ejemplo cuando existen relaciones de carácter personal o familiar entre las partes en conflicto¹⁶², cuando dichas relaciones han de perdurar en el tiempo, cuando existen varias disputas conectadas que hacen recomendable su abordaje conjunto, cuando hay varias partes en conflicto, cuando se pretende salvaguardar la privacidad de dichas partes, cuando existe la necesidad de rapidez en la resolución del conflicto, cuando se pretenden economizar gastos en la gestión del mismo, etc.

No se trata de que sistemáticamente todos los asuntos sean derivados a estos métodos alternativos, habrá muchos en los que no se pueda, e incluso ni se deba, precisamente por la naturaleza y circunstancias del propio conflicto.

4.4.2 Adecuación

En primer lugar podríamos decir que los métodos alternativos de solución de conflictos devuelven el protagonismo y la responsabilidad sobre la gestión de sus

¹⁶¹ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op. cit., pág. 37.

¹⁶² Respecto de los conflictos familiares, en la Contestación al cuestionario presentado a los participantes de la Mesa Redonda “Problemas de la implantación de la Mediación Intrajudicial desde los Juzgados de Familia”, se dice que éstos “afectan a cuestiones de naturaleza personal y a la intimidad de cada sujeto, pareja y familia, por lo que parece inadecuado un proceso de naturaleza pública, como es el judicial, para el abordaje y tratamiento de unos conflictos en los que se ventilan cuestiones personalísimas y directamente vinculadas con la intimidad más profunda de los seres humanos y los grupos familiares”. LUQUÍN BERGARECHE, R., “Contestación al cuestionario presentado a los participantes de la Mesa Redonda *Problemas de la implantación de la mediación intrajudicial desde los Juzgados de Familia*. Síntesis y valoraciones sistematizadas”, en SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dirs.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, pág. 286.

En este sentido también, UTRERA GUTIERREZ señala que “esa inadecuación entre el problema a resolver (conflicto familiar) y el instrumento que se utiliza (proceso contencioso) se manifiesta de muy diversas formas, siendo las más significativas una agudización del conflicto interpersonal de los adultos, un deterioro cuando no ruptura de las relaciones paterno-filiales y un rosario de incumplimientos post-sentencia (económicos y de régimen de guarda y visitas sobre todo) que han llevado a acuñar esa máxima de los procesos contenciosos de familia *...tras la sentencia empieza el verdadero pleito*”. UTRERA GUTIERREZ, J.L., “La mediación familiar como instrumento para mejorar la gestión judicial de los conflictos familiares: la experiencia de los Juzgados de Familia de Málaga”, en SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dirs.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos...*, op. cit., pág. 261.

propios problemas a las partes, liberando de tal labor a los jueces y tribunales que sólo conocerán de aquellas cuestiones que realmente requieran de su intervención¹⁶³.

En este sentido, y refiriéndose en particular a la mediación, afirma MEJÍAS GÓMEZ que “lo más importante de la mediación, con ser muy trascendente, no es la consecución de resultados, no es la obtención de acuerdos, lo verdaderamente importante de la mediación es su *efecto pedagógico* para las partes en conflicto. En efecto, lo esencial de la mediación es que las partes exploren el uso de un procedimiento pacífico para la solución de sus propios conflictos, responsabilizándose ellos de esta tarea y no delegándola sistemáticamente al sistema judicial. Las partes deben darse cuenta que son ciudadanos y dentro de esta categoría destaca la idea de participación en la gestión de los asuntos públicos, y particularmente, en la resolución de los conflictos que se producen en el seno de la comunidad, y entre ellos en particular. La mediación acostumbra a los ciudadanos a ser protagonistas no sólo de la creación de los litigios sino de su solución, mediante un procedimiento pacífico basado en el diálogo y la negociación”¹⁶⁴.

Por otra parte las soluciones que las partes pueden obtener mediante la utilización de dichos métodos son más amplias y creativas que las que van a obtener del Juzgado.

Ante un tribunal, la controversia se plantea en términos estrictamente jurídicos, es decir los abogados de las partes son los encargados de fijar las posiciones jurídicas de sus clientes sobre las cuales, necesariamente y en aplicación del principio de congruencia de la sentencia, el juez habrá de resolver.

¹⁶³ Refiriéndose a la mediación, destaca MARTÍN DIZ el carácter tuitivo y personalista de la misma, así dice que “la mediación como método extrajudicial de solución de conflictos, otorga todo el protagonismo, y también la mayor parte de la responsabilidad en la tarea de resolver el problema, precisamente a las propias partes enfrentadas. Ellas son quienes de partida deben tomar la iniciativa para acudir a la mediación como forma de solución de la disputa. También ellas, aquí con la inestimable colaboración y aportaciones del mediador, son quienes deben ir eliminando progresivamente diferencias y producir elementos de acercamiento y entendimiento que den pie al acuerdo reparador. En último término, ellas son quienes deben fraguar los términos definitivos del acuerdo y asumir el compromiso de respetarlo y cumplirlo”. MARTÍN DIZ, F., “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DIZ, F., *La mediación en materia de...*, op. cit., págs. 40-41.

¹⁶⁴ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de...*, op. cit., pág. 72.

Pero, sucede que, en ocasiones, dichas posiciones fijadas por los abogados no reflejan fielmente los deseos y necesidades de sus clientes, es más, si el interrogatorio de las partes no es solicitado como prueba por los letrados, éstas no van a tener siquiera la posibilidad de poder hablar y expresarse en el curso del procedimiento judicial, quedando en consecuencia sujetas, en cualquier caso, a lo que sus respectivos abogados hayan puesto de manifiesto en sus correspondientes escritos iniciales de alegaciones.

Por otra parte, está el problema añadido de que los intereses del abogado y de su propio cliente, en ocasiones, pueden no ser convergentes, por lo que puede suceder que el procedimiento judicial se tramite efectivamente sin que su cliente tenga un conocimiento exacto y concreto de lo que realmente está sucediendo¹⁶⁵.

Sin embargo, los métodos alternativos de solución de conflictos permiten que se traten todas aquellas cuestiones que las partes tengan por conveniente, sin limitación alguna. De lo que se trata es de intentar resolver y pacificar definitivamente el conflicto, por lo que a veces será necesario tratar de muchas cuestiones colaterales que puedan tener incidencia en el mismo¹⁶⁶.

Los costes emocionales para las partes también se van a ver claramente disminuidos. Si las partes optan por utilizar estos mecanismos van a tener un protagonismo mayor que el que detentan en el procedimiento adversarial clásico, pudiendo intervenir cuantas veces lo estimen conveniente, amén de que el

¹⁶⁵ En este sentido, dice PASTOR PRIETO que “un asesor jurídico puede tener intereses no coincidentes en su totalidad con los de sus clientes. Por ejemplo, si cobrase más cuando se reclama que cuando no se reclama, más cuando se va a pleito que cuando se resuelve mediante acuerdo, o más cuando se apela que cuando no se apela. También puede haber divergencias de intereses originadas por el hecho de que el asesor tiene una relación estable con el asesor de la otra parte que tratará de no estropear por el interés singular de un cliente. Estas eventuales divergencias de intereses, unidas a los problemas de observabilidad y control de la conducta del agente por parte del principal (el cliente), pueden dar lugar a que haya reclamaciones que no debieron formularse o a que se gastase en su resolución más medios de los necesarios. En otros supuestos, por el contrario, esas divergencias podrían hacer que se llegase a acuerdos ventajosos para el asesor, pero no, o no tanto, para su cliente”. PASTOR PRIETO, S., “Eficiencia y métodos alternativos”, en HEREDIA CERVANTES, I., *Medios Alternativos de Solución de...*, op. cit., pág. 55.

¹⁶⁶ Sostiene OTERO PARGA refiriéndose a la mediación en particular que ésta “ofrece un mayor reconocimiento de la pluralidad de la experiencia jurídica, en tanto en cuanto ofrece a las partes una gama casi indefinida de posibilidades de alcanzar un acuerdo, posibilidad solamente limitada por la autonomía de su voluntad y el contenido de las leyes”. OTERO PARGA, M., “Ventajas e inconvenientes de la Mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág. 147.

ambiente y el lugar donde se celebran las reuniones propicia un ambiente más distendido que el que las mismas encuentran en los tribunales, sujeto a un rígido formalismo y protocolo.

Otra de las ventajas y elemento fundamental de estos mecanismos es su carácter voluntario, tanto en su inicio, como en su desarrollo y finalización.

Las partes de común acuerdo han de decidir iniciar el procedimiento y si a lo largo de su desarrollo deciden abandonarlo, por el motivo que sea, pueden hacerlo en cualquier momento.

Por supuesto, en ningún caso, están obligadas a concluir el procedimiento de que se trate con acuerdo. Característica de estos métodos es que se configuran en todo caso como un cauce electivo, en el sentido de que las partes no se ven obligadas a llegar a una solución si no lo desean, por lo que el principio básico que los rige es el respeto de la voluntad de las partes, frente a la vía judicial donde las mismas han de acatar en todo caso la decisión judicial.

Por otra parte, el carácter multidisciplinar de dichos métodos hace que, en ocasiones, sean más adecuados que el procedimiento judicial para tratar determinados conflictos, ofreciendo mejores y más completas soluciones que las que se podrían obtener en dicha vía¹⁶⁷.

4.4.3 Eficacia

En este punto podríamos hablar en primer lugar de la importancia de los métodos alternativos en orden a la prevención del conflicto.

Si una de las consecuencias de la correcta implementación de estos mecanismos es rebajar el nivel de litigiosidad, es importante reseñar también la importancia que

¹⁶⁷ En este sentido, como señala SAIZ GARITAONAENDÍA “la visión cooperativa debe verse beneficiada por un acercamiento multidisciplinar al problema que, evidentemente sin olvidar la posible vertiente normativa de la cuestión, utilice instrumentos de distinta naturaleza – sociológicos, psicológicos, económicos... – de cara a conseguir fomentar la comunicación asertiva entre las partes y una posible solución satisfactoria al conflicto. Lógicamente, los instrumentos o habilidades que el tercero deberá ostentar para optimizar este procedimiento dependerán de múltiples circunstancias, fundamentalmente de la propia naturaleza del problema y de las partes en conflicto”. SAIZ GARITAONENDIA, A., “Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 76.

han de tener en la prevención del conflicto y la promoción entre todos los operadores jurídicos de la utilización de medios complementarios de resolución, precisamente como vía previa a la judicialización de los mismos.

La verdad es que se trabaja bastante poco en la prevención del conflicto, únicamente se aborda el mismo cuando éste ya ha surgido y, normalmente, no queda otra vía que la judicial para intentar su solución.

Evitando que el conflicto se produzca o intentando que éste sea resuelto por las propias partes involucradas en el mismo, se evitará la intervención judicial excesiva y por tanto una saturación del sistema de administración de justicia.

En este sentido, es necesario que desde los poderes públicos se tome conciencia de que evitando los conflictos o, en su caso, ofreciendo a los particulares nuevas vías para la resolución de los mismos, distintas a la jurisdiccional, se podrá conseguir una evidente mejora del panorama actual.

Otra de las ventajas es la mayor facilidad de aplicación o flexibilidad de los métodos alternativos, en el sentido de que se adaptan a las peculiaridades del conflicto y a las vicisitudes que éste pueda sufrir durante su tramitación.

En estos métodos se trabaja sobre la base de que no hay vencedores ni vencidos, las partes han de trabajar colaborativamente, intentando ver satisfechos los intereses y necesidades propias, pero siendo conscientes de que a lo mejor tienen que ceder en parte sus pretensiones iniciales a fin de que la otra parte también pueda ver satisfechos sus propios intereses y necesidades¹⁶⁸.

¹⁶⁸ En este sentido, y refiriéndose concretamente a la utilización de la mediación en conflictos familiares, LUQUIN BERGARECHE señala que “se evita entrar en una dinámica de confrontación entre las partes que conduce al enquistamiento de las posiciones y a una solución del tipo *ganar-perder* o *suma cero*, en la forzosamente lo que uno gana (vencedor) lo es a costa del otro (perdedor). Esta dinámica puede convertirse en perversa cuando se utiliza a los hijos como arma o como moneda de cambio de la contienda judicial (como medio de quedarse con la vivienda el progenitor custodio, o negando la pensión fijada por sentencia el no custodio, o incumpliendo el régimen de visita pactado o impuesto, etc.), de forma que lo que uno incumple (visitas), ordinariamente se dice que se hace debido al incumplimiento del otro (pensión), encadenándose una sucesión de incumplimientos circulares que provocan más sufrimiento añadido a los, ya de por sí, traumáticos y dolorosos procesos de ruptura, sobre todo para los hijos. Con la mediación, se trata de evitar, como decimos, que haya ganadores y perdedores, vencedores ni vencidos, pues la estrategia utilizada es integrativa, del tipo *ganar-ganar*, en la que una exploración y una negociación sobre los intereses y necesidades subyacentes a las posiciones de cada parte permiten alcanzar acuerdos pactados, duraderos de cara al futuro y mutuamente satisfactorios

Otra de las cuestiones que se suele valorar de estos métodos es la confidencialidad, que supone que las partes no tengan que airear en público sus disputas o aportar información o documentación que de otro modo si tendrían que hacer en un procedimiento judicial¹⁶⁹.

Además aumenta la responsabilidad de las partes en orden al cumplimiento de los acuerdos alcanzados, ya que los mismos han sido adoptados voluntariamente por lo que deben ser mantenidos¹⁷⁰.

A este respecto, apunta MEJÍAS GÓMEZ que “este hecho determina que, una vez conseguida la solución, al haber sido ésta alcanzada fruto del mutuo y sincero convencimiento de las partes, sea cumplido voluntariamente y en sus justos términos por aquéllas, esto es lógico y razonable, pues no tiene sentido que alguien pacte algo de forma libre y voluntaria para luego desdecirse del mismo y no cumplirlo. Cumplimiento que se realizará por *convicción* y no por *imposición*, como suele ocurrir cuando la solución proviene de una resolución judicial que ponga fin a un procedimiento contradictorio”¹⁷¹.

para ambos”. LUQUÍN BERGARECHE, R., “Contestación al cuestionario presentado a los participantes de la Mesa Redonda *Problemas de la implantación de la mediación intrajudicial desde los Juzgados de Familia*. Síntesis y valoraciones sistematizadas”, en SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dir.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos...*, op. cit., págs. 310-311.

¹⁶⁹ Para GONZALO QUIROGA “la confidencialidad o discreción a la hora de resolver los conflictos es otro factor esencial. Se impedirá con ello que se cuestione la imagen pública de empresas y particulares por una cuestión que de resolverse en juicio se haría pública. En un juicio todas las partes acaban sufriendo un desgaste de medios e imagen y soportando una importante pérdida económica. Por eso, cada vez es más frecuente dejar en manos de MASC la resolución de sus conflictos”. GONZALO QUIROGA, M., “Introducción a los MASC: diagnóstico de la situación general”, en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos...*, op. cit., pág. 29.

¹⁷⁰ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO y PENÍN ALEGRE dicen que “la solución alcanzada con la mediación se percibe como fruto de la libre voluntad de las partes y no como consecuencia de la imposición, lo que aumenta la satisfacción de los interesados y su sensación de control. (...) Cuando son las partes las que regulan por sí mismas su relación para el futuro se reduce el riesgo de incumplimiento y, por ende, de generación de nuevos conflictos”. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. y PENÍN ALEGRE, M.L., “Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de...*, op. cit., pág. 12.

¹⁷¹ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de...*, op. cit., pág. 71.

4.5 RESISTENCIAS A SU IMPLANTACIÓN

4.5.1 Argumentos contra su implantación

A. Sobre su carácter de “alternativas”

Se ha cuestionado por algunos destacados autores, como TARUFFO, ANDRÉS IBÁÑEZ o CANDAU PÉREZ, que realmente estos medios sean o supongan verdaderas “alternativas” al proceso judicial clásico¹⁷².

Se argumenta que, en sentido estricto, una alternativa supone la posibilidad de elegir entre dos opciones o entre dos cosas sustituibles entre sí, por tanto se podría considerar que habría tal alternativa si para resolver un conflicto pudiésemos optar entre la vía judicial u otra distinta como la mediación. Entiendo que así debería ser y que ésta ha de ser precisamente la finalidad de estos métodos.

Sin embargo, siguen arguyendo dichos autores, la posibilidad en exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado viene atribuida en los sistemas judiciales a los jueces y tribunales, los cuales son, como órgano del Estado, quienes toman las decisiones y las imponen coactivamente. No hay pues alternativa posible a tal exclusividad, por lo que la virtualidad de todos esos medios de “Justicia informal” no puede consistir en considerar a los mismos como auténticas vías alternativas de resolución de conflictos, sino como formas, en su caso, de prevenirlos y evitar su judicialización.

Considero que, en cualquier caso, el resultado no es relevante, ya que no está en tela de juicio la exclusividad de la potestad jurisdiccional y la importancia de los sistemas judiciales. Si las partes consiguen resolver su conflicto antes de su judicialización a través de uno de estos métodos, los mismos obviamente se configuran como auténticos medios de solución y como alternativa a la vía judicial. No podemos hablar de prevención porque el conflicto ya existe, simplemente sucede que las partes optan por una vía distinta a la judicial para solucionar el

¹⁷² Véase TARUFFO, M., ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y CANDAU PÉREZ, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, op. cit. En el mismo sentido también, HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., “Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC): ética y deontología de la mediación”, en HEREDIA CERVANTES, I., *Medios alternativos de solución de ...*, op. cit., pág. 33.

mismo y ello es perfectamente válido e incluso recomendable en determinadas situaciones.

Los ADR no suponen en ningún caso un ataque al proceso judicial, no han de entenderse como una alternativa a éste, sino como otra forma de solución del conflicto en sí.

No comparto, en este sentido, la aseveración de ALISTE SANTOS cuando manifiesta que “la propia denominación de estos métodos extrajudiciales de resolución de conflictos como *alternativos* encierra un significado nada inocente. ¿Alternativos a qué? Sin duda a la jurisdicción”¹⁷³.

Si, por ejemplo, optamos por la mediación como mecanismo más adecuado para la resolución de un determinado conflicto, obviamente será alternativo a la jurisdicción, pero también lo será al arbitraje y al resto de métodos de solución existentes. La alternatividad no se refiere a la jurisdicción, sino a la existencia de diferentes métodos que en función del conflicto a tratar resultarán más adecuados que el resto.

Tales métodos no cumplen sólo una función importante de prevención de judicialización del conflicto, que también, sino que además pueden ser muy efectivos una vez éste ya se encuentre en el Juzgado y como forma de dar al mismo una solución distinta y más ajustada a las necesidades e intereses de las partes.

No se trata de discutir la exclusividad jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, ni de ver estos medios como un peligro o amenaza que pretendan excluir la vía jurisdiccional o que atenten contra la tutela judicial efectiva de los ciudadanos. Simplemente hay que intentar contemplarlos como vías alternativas, en algunos casos –cuando el conflicto aún no se ha judicializado y las partes implicadas pueden optar por la vía judicial u otras distintas–, y complementarias, en otros –cuando el conflicto ya se encuentra judicializado–, es decir como “otros” recursos

¹⁷³ ALISTE SANTOS, T., “Meditación crítica sobre la mediación como alternativa a la jurisdicción”, en MARTÍN DIZ, F., *La mediación en materia de...*, op. cit., pág. 74.

que el ciudadano puede tener a su disposición para intentar resolver un conflicto¹⁷⁴.

B. Por “privatizar” la Justicia

Se achaca además por sus detractores que su utilización puede llevar a cierta privatización de la Justicia¹⁷⁵.

Destaca TARUFFO que lo especialmente negativo es que la utilización de estas alternativas llegue a convertirse en la única opción de las partes para subsanar sus conflictos ante el fracaso de la administración de la Justicia “pública”¹⁷⁶.

Los métodos alternativos son en buena parte producto de la sociedad civil y, en todo caso, tienen una base jurídica voluntaria, fundamentándose en la autodeterminación y la autonomía que se ha de reconocer a los afectados por un conflicto.

Pero ello, como he venido comentando, no puede conseguirse única y exclusivamente mediante la acción o intervención de jueces y tribunales, sino que requiere de amplios espacios de Justicia privada para que las partes puedan

¹⁷⁴ En el citado Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se señala a este respecto que “el calificativo alternativo no debe ser entendido como sucedáneo de los procedimientos jurisdiccionales, ni un instrumento para eludir el proceso judicial. No se trata de excluir la tutela judicial, sino de complementarla asegurando también una tutela extrajudicial de los derechos. Tampoco es una justicia *menor*, para pequeños asuntos, sino una justicia distinta, más *flexible* y *suave* y que puede llevar a soluciones más imaginativas y satisfactorias para los afectados”.

¹⁷⁵ En este sentido, LORCA NAVARRETE realizaba una desmesurada crítica a la, a su entender, evidente privatización de la Justicia que suponía el primer Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, intento de transposición de la Directiva 52/2008/CE a nuestro ordenamiento jurídico. Señala el citado autor que “al final, va a resultar que, la existencia de la Mediación como un *“cauce complementario de resolución de conflictos”* o como un *beneficio “para la Administración de Justicia a la que puede liberar de una carga de trabajo”*, es la coartada *perfecta* no tanto para justificarla como, también, para evidenciar una justicia estatal -como servicio público- *que no funciona*. Vamos, que es un desastre y *a la que hay que privatizar ¡Sí, privatizar!* O a la que, simplemente, *se ningunea o se desea*, en el peor de los casos, *vaciar de contenido como pueda suceder con el denominado “proceso monitorio” que “cede puesto” ante la Mediación ¡Y, todo eso, sí que es grave!*”. Vid. LORCA NAVARRETE, A., *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Mediación “en asuntos civiles y mercantiles” elaborado por el Ministerio de Justicia del Gobierno de España “con los efectos procesales que de ella derivan”*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2010, pág. 20.

¹⁷⁶ TARUFFO, M., Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos, en TARUFFO, M., ANDRÉS IBÁÑEZ, P., CANDAU PÉREZ, A., *Consideraciones sobre la...*, op. cit., pág.104.

arreglar sus desacuerdos sin tener que acudir necesariamente a los órganos judiciales, que es un derecho pero no un deber del ciudadano.

Los métodos alternativos no pretenden privatizar la Justicia, ni sustituir al proceso judicial, y, además, tal circunstancia no puede llegar a darse, en primer lugar por la voluntariedad de la utilización de dichos medios y en segundo lugar por la naturaleza de norma fundamental, elevada a rango constitucional, del derecho a la tutela judicial efectiva del que gozan todos los ciudadanos que, en consecuencia, hace que los mismos siempre tengan abierta la posibilidad de acceso a los tribunales si así lo consideran oportuno.

En este sentido, destaca MARTÍN DIZ que “el derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado por el artículo 24 de la Constitución, es barrera infranqueable en este sentido. Ninguna norma, de carácter orgánico u ordinario, puede prohibir expresamente a un ciudadano la posibilidad de acudir a la jurisdicción para la tutela de sus derechos e intereses. Ninguna norma puede imponer exclusivamente como medio de solución de un litigio, o de un conflicto, un método extrajudicial. De ser así se contravendría palmariamente uno de los derechos procesales fundamentales de nuestra Constitución y de cualquiera de las constituciones de los Estados modernos y democráticos. La compatibilidad entre los medios jurisdiccionales y extrajurisdiccionales de solución de conflictos ha de ser total, y aún más, los medios de carácter extrajurisdiccional han de ser concebidos y diseñados siempre como complemento al método preeminente que ha de ser el jurisdiccional”¹⁷⁷.

No se trata de priorizar la utilización de dichos métodos, lo que se pretende con la implementación de los mismos es precisamente salvaguardar el proceso judicial, dejando al mismo para aquellas cuestiones o conflictos que realmente lo necesiten, evitando que lleguen a él asuntos que no deberían haberlo hecho porque quizás obtengan una mejor solución mediante otras vías.

¹⁷⁷ MARTÍN DIZ, F., “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DIZ, F., *La mediación en materia de...*, op. cit., pág. 39.

C. Por suponer un ataque al modelo de Justicia clásico

Conectadas con las anteriores, otras críticas que se han realizado respecto de los ADR, hacen referencia a que éstos alimentan e incrementan el rechazo y la desconfianza hacia la Justicia del Estado y hacia sus instrumentos clásicos de resolución, recomendando la oportunidad de valerse de métodos privados en los que pueda realizarse la libre autonomía de los individuos, evitando la injerencia de los jueces y los costes y problemas de la administración de Justicia.

Sostiene TARUFFO que “en estas situaciones, la opción legislativa por los métodos ADR no está motivada por razones culturales específicas, si bien las ideologías del nuevo ámbito privado influyen en las orientaciones legislativas, sino por una razón práctica trivial y dramática: ya que la Justicia del Estado no funciona, el legislador procura desviar la mayor cantidad posible de controversias fuera de los cauces jurisdiccionales, para así reducir la carga de trabajo de los jueces y permitir que las partes encuentren *alguna* solución a sus problemas (...) De ahí que proliferen las intervenciones legislativas encaminadas a favorecer de todas las maneras posibles una solución conciliatoria de las controversias, a veces haciendo incluso obligatorio el intento de conciliación...Desde este punto de vista, puede decirse entonces que el éxito de los ADR es directamente proporcional, - es más, es su consecuencia inmediata -, a la ineficiencia de la Justicia del Estado (...) La utilización de los ADR no parece de por sí un fenómeno positivo sino, más bien, el reflejo de otro dramáticamente negativo, cual es el mal funcionamiento de la Justicia estatal”¹⁷⁸.

En el mismo sentido, ALISTE SANTOS señala que “el cambio de perspectiva obliga, pues, a que pongamos nuestra atención en la administración de Justicia oficial frente a la Justicia *negociada*, y no a la inversa. Con mayor razón debemos ponerla cuando constitucionalmente se reconoce el acceso de todos a los Tribunales, art. 24.1 CE, y el Estado, en vez de remover los obstáculos que retrasan la obtención de una tutela judicial efectiva, fomenta la huida de la jurisdicción, cediendo terreno a métodos alternativos de resolución de controversias que pueden, como han

¹⁷⁸ Vid. TARUFFO, M., “Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos”, en TARUFFO, M., ANDRÉS IBÁÑEZ, P., CANDAU PÉREZ, A., *Consideraciones sobre la...*, op. cit., págs. 102-103.

advertido SIVESTRI y TARUFFO, perpetuar las desigualdades en el acceso a la jurisdicción, convirtiéndose en una *Justicia de segunda clase* o *Justicia de oportunidades*, transformar la ausencia de formalismo de pretendida virtud a vicio por defecto de garantías, el principio de publicidad procesal en cláusulas obligando a guardar secreto, convertir la indisponibilidad de derechos en disponibilidad de los mismos, etc.”¹⁷⁹.

Parece que se está planteando la existencia de los métodos alternativos como si obligatoriamente hubiese que elegir los mismos, relegando a un segundo plano el proceso judicial.

Las posibles ventajas de los ADR poco o nada tienen que ver con los problemas de la administración de Justicia. El recurso a la utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos por parte del legislador, no supone la búsqueda de “alguna solución” o de una “Justicia de clase b” para que los ciudadanos puedan alcanzar una solución a su disputa sin dirigirse a los tribunales.

Es más, la disminución de la carga de trabajo de los juzgados y de los jueces no se va a conseguir en ningún caso obligando a las partes a acudir a vías alternativas de resolución de disputas, sólo se conseguirá si la puesta en marcha de estos métodos complementarios se realiza correctamente, es decir si se dotan medios y estructuras adecuadas que faciliten su debida implementación, lo que implica que la prestación de dichos servicios se realice por personal debidamente cualificado que seleccione o determine previamente que el método elegido para intentar resolver una disputa es el adecuado por la naturaleza de la misma¹⁸⁰.

¹⁷⁹ ALISTE SANTOS, T., “Meditación crítica sobre la mediación como alternativa a la jurisdicción”, en MARTÍN DIZ, F., *La mediación en materia de...*, op. cit., pág. 81.

¹⁸⁰ A este respecto, dice BELLOSO MARTÍN que “sería deseable que funcionarios, psicólogos, trabajadores sociales y abogados, así como los demás operadores encargados de hacer que el sistema funcione y se consolide, pudieran mirar las situaciones que se les presentan a su intervención con los ojos de la mediación. Esto es, con la conciencia de que aquí hay un campo de actividad nuevo que se está consolidando y que está tomando forma, que permite que las personas utilicen una manera distinta y no competitiva de buscar la solución de sus problemas. Que tomen conciencia de que el objetivo de resolver las disputas a través del consenso se merece, al menos, un esfuerzo y una inversión de recursos de la sociedad, proporcional al que se invierte en otros métodos de resolución de conflictos interpersonales, comunitarios o sociales no basados en el consenso (como los enfrentamientos sociales violentos, la guerra o la pelea judicial). BELLOSO MARTÍN, N., “Un paso más hacia la desjudicialización...”, op. cit., pág. 5.

Obviamente, los métodos alternativos no son intrínsecamente superiores al proceso judicial, como se ha comentado, pero su existencia tampoco supone un signo patológico del mal funcionamiento de un sistema de Justicia. Todo lo contrario, un buen sistema de Justicia precisamente ha de contar con cuantos más recursos mejor y, sin duda, los métodos alternativos de resolución de conflictos al servicio de los ciudadanos, lejos de perjudicar al sistema, lo que hacen es complementarlo y perfeccionarlo¹⁸¹.

D. Por la inadecuada protección de los derechos de las partes

Se cuestiona también de estos medios su aptitud para tutelar de forma adecuada los derechos de las partes implicadas en la disputa.

Dicha crítica parte de la idea de que las partes para poder alcanzar algún tipo de acuerdo habrán de renunciar al menos a parte de sus pretensiones iniciales, es decir a parte de sus derechos, por lo que estos medios alternativos no servirían para tutelar los derechos, sino para alcanzar un acuerdo entre intereses que no tienen carácter jurídico. En consecuencia, la utilización de estos mecanismos no sirve para hacer Justicia, o no suponen una Justicia alternativa, toda vez que no se protegen adecuadamente los derechos.

En este sentido, considero que la idea de “Justicia” ha de ir más allá de la mera materialización o reconocimiento de un concreto derecho. Sucede en muchas ocasiones que el reconocimiento de un derecho a una de las partes litigantes no acaba con la disputa o con el conflicto, no hay más que echar un vistazo al volumen de ejecuciones de resoluciones judiciales comentado anteriormente.

¹⁸¹ En este sentido, y refiriéndose en concreto a la mediación, apunta MARTÍN DIZ que “en ningún caso es un método de solución de disputas, conflictos e incluso litigios que conlleve la radical exclusión de la vía jurisdiccional, sino que la mediación trata de incorporarse al Derecho procesal, y a la ciencia jurídica en general, como una adición, y no desde la premisa, mal entendida, de que sustraiga a otros métodos de resolución (entiéndase la jurisdicción) aquellas atribuciones que legalmente se le han conferido. Por tanto, la mediación se integra en el marco de los métodos jurídicos de resolución de conflictos en pos de la impartición y obtención de Justicia, en sentido amplio. Desde la preeminencia de la jurisdicción, como vía inherente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, junto a ella comparten espacio otras posibilidades a disposición del ciudadano (conciliación, arbitraje, la propia mediación), con carácter complementario a la misma, para que el sistema sea lo más completo, íntegro y perfecto posible”. MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., págs. 64-65.

Independientemente del concepto subjetivo de Justicia, que implica que lo que es justo para uno, no tiene por qué serlo para los demás, y de que determinadas normas o disposiciones legales no amparen o protejan adecuadamente los intereses de todas las partes por igual, creo que nadie mejor que los propios implicados en un conflicto conoce lo que realmente necesitan o buscan para poner fin al mismo.

Puede suceder que la solución que les ofrezcan las leyes o los tribunales no colmen dichos intereses, por lo que no es malo ofrecerles la oportunidad y la responsabilidad de poder participar en la búsqueda de un resultado que pacifique definitivamente el litigio.

Por una parte, tanto desde las leyes como desde los propios tribunales, se propugna como una buena opción fomentar dentro del proceso el acuerdo transaccional, como forma anticipada de finalización del mismo, pero sin embargo se recela de que sean las propias partes por sí mismas, o ayudadas por un tercero imparcial, quienes decidan cuál es la solución que mejor se adapta a sus necesidades.

En ningún método ADR se obliga a las partes a concluir acuerdo alguno, por lo que si las partes renuncian a parte de sus “derechos” o incluso de sus necesidades o intereses originarios, lo harán en la convicción de que realmente es porque supone una buena solución y les compensa, en otro caso no tienen por qué hacerlo.

Conectada con la anterior crítica, se argumenta que el acuerdo entre las partes se alcanza precisamente porque las mismas disponen de sus propios derechos, a los que no suelen tomar en consideración, y que en la perspectiva de la tutela de los sujetos débiles no cabe duda de que esto supone un retroceso importante, porque se tiende a eliminar la protección constituida por la indisponibilidad del derecho y por la posible intervención del juez para tutelarlos, prefiriéndose un método de solución de la disputa que expone al sujeto débil a todas las consecuencias negativas de su debilidad, aceptando la solución que le quiera imponer la parte más fuerte, reforzándose la supremacía económica y social de ésta última¹⁸².

¹⁸² ALISTE SANTOS, T., “Meditación crítica sobre la mediación como alternativa a la jurisdicción”, en MARTÍN DÍZ, F., *La mediación en materia de...*, op. cit., pág. 77,

Considero que no es conveniente el excesivo proteccionismo estatal a la hora de tutelar absolutamente todos los derechos de los particulares, por lo que discutir en pleno siglo XXI acerca de la responsabilidad de los ciudadanos sobre el poder de disposición de sus derechos subjetivos, me parece más propio de tiempos pasados y no precisamente de buen recuerdo.

Hay que respetar el principio de autonomía de la voluntad y creer en la madurez de la propia sociedad para intentar resolver sus conflictos eligiendo la forma que consideren más adecuada.

E. Por no eliminar las desigualdades entre las partes

Otra crítica hace referencia a la incapacidad de estos medios de eliminar o de reducir las desigualdades que puedan existir entre las partes en disputa. Se señala, además, que el tercero imparcial no puede proteger a la parte más débil de los posibles abusos que pueda cometer la parte más fuerte y que tiene que ser neutral en todo caso si quiere lograr su objetivo, cuál es que las partes alcancen de todos modos un acuerdo. De esta forma, se alcanzarían soluciones injustas, toda vez que no es sólo que no se protejan los derechos, sino que además la parte más fuerte siempre será capaz de imponer la solución que le sea más favorable¹⁸³.

Considero que estos argumentos se alejan bastante de la realidad. Uno de los principios fundamentales precisamente de estos mecanismos es proteger la igualdad entre las partes y velar porque las mismas tengan una posición equilibrada a lo largo de todo el proceso, y es el tercero neutral el que ha de observar que en todo momento se cumplan dichas premisas, pudiendo, en caso de apreciar una posible desigualdad o desequilibrio entre las partes, poner fin a dicho proceso inmediatamente, ya que si bien es cierto que el neutral no controla el fondo del asunto, si es responsable en todo caso de la forma en la que se ha desarrollar el mismo.

Además, el fin de la utilización de estos métodos no es, como se alega, alcanzar un acuerdo a toda costa, sino que las partes sean capaces de conseguir una solución

¹⁸³ Vid. OTERO PARGA, M., “Ventajas e inconvenientes de la Mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág. 148.

consensuada a su disputa que sea satisfactoria para ambas y que, en la medida de lo posible, colme los intereses de todas las partes¹⁸⁴.

No hay que olvidar la voluntariedad de dichos métodos, desde su inicio, donde las partes acuden a iniciativa propia o bien aconsejadas por un tercero, pero nunca obligadas, con la voluntad de intentar resolver el conflicto.

Durante su posterior desarrollo, el proceso sigue siendo voluntario para las partes, las cuales pueden abandonarlo en el momento que lo deseen si aprecian que no se van a colmar sus expectativas, y donde además el tercero neutral puede dar por finalizado el mismo si considera que alguna de las partes está coaccionando a la otra, que no existe el debido equilibrio entre las mismas, o bien que alguna de las ellas está utilizando fraudulentamente el proceso con el fin de conseguir información de la otra, pero sin voluntad real de alcanzar acuerdo alguno.

Por último, y como no podía ser de otra forma, la voluntariedad sigue presente hasta el momento de la finalización del proceso, por lo que no cabe pensar que la parte más fuerte pueda imponer una solución a la parte más débil, ya que ésta en ningún caso estaría obligada a aceptarla, siendo ambas partes las que deciden si ponen fin a su controversia mediante una solución acordada o no.

F. Por no ser de aplicación a todos los conflictos

Por último se critica también de los ADR que no sirven para resolver cualquier tipo de conflicto y tampoco parar tutelar derechos humanos o fundamentales, sino simplemente las posibles consecuencias económicas derivadas de su violación.

Obviamente, los ADR no sirven para absolutamente todos los conflictos, la utilidad de estos mecanismos radica, precisamente, en su especial adecuación para determinados supuestos, pero no para todos.

¹⁸⁴ Como señala MEJÍAS GÓMEZ, “lo más importante de la mediación, con ser muy trascendente, no es la consecución de resultados, no es la obtención de acuerdos (...), lo esencial de la mediación es que las partes exploren el uso de un procedimiento pacífico para la solución de sus propios conflictos (...). En definitiva, lo más importante de la mediación es el medio, más que el fin. El procedimiento, más que el resultado”. MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de...*, op. cit., pág. 72.

Respecto al tema de si es apropiado o no utilizarlos en temas donde confluyen derechos humanos, no hay discusión respecto de que si pueden serlo cuando se discuten cuestiones de carácter meramente patrimonial o económico, derivadas de la violación de un derecho fundamental, ahora bien si pueden ser apropiadas o no para intentar acuerdos en cuanto a cuestiones que afecten al propio derecho en sí, habrá muchos supuestos en que no sea recomendable su uso, pero habrá otros en los que quizás si puedan ser utilizados y además aporten una mejor solución, en este sentido habría que recordar las experiencias de justicia restaurativa que se vienen desarrollando dentro del orden jurisdiccional penal.

G. Por otros motivos

Otras críticas que se han realizado a los ADR son las que pone de manifiesto PASTOR PRIETO¹⁸⁵, y hacen referencia a que dichos mecanismos no permiten la generación de eventuales precedentes; a su opacidad porque no se conocen sus resoluciones; a que generan una insuficiente disuasión porque si el demandado se aviene es porque le resulta preferible a una sentencia; o a posibles problemas de agencia, si bien el citado autor entiende que dichas críticas no se encuentran debidamente fundamentadas y, en cualquier caso, ceden ante sus eventuales ventajas.

Por su parte, MARTÍN DIZ¹⁸⁶, refiriéndose en concreto a la mediación, apunta dos debilidades o aspectos negativos de la misma que, a mi entender, no son tales, sino que constituyen precisamente la esencia de dicho método autocompositivo.

Señala el citado autor que “la mediación, en correlación con el aspecto beneficioso que le infunde la proactividad de las partes en conflicto, presenta una excesiva (total) dependencia de la actitud y predisposición que adopten los propios implicados (partes) en su transcurso y desenvolvimiento. Queremos con ello resaltar que siendo loable el hecho de que la mediación se asiente sobre la responsabilidad de quienes debaten la resolución de su propia controversia y se

¹⁸⁵ Vid. PASTOR PRIETO, S., “Eficiencia y medios alternativos”, en HEREDIA CERVANTES, I., *Medios Alternativos de Solución de...*, op. cit., pág. 58.

¹⁸⁶ MARTÍN DIZ, F., “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DIZ, F. *La mediación en materia de...*, op. cit., pág. 42.

esfuerzan diligentemente en su avance fructífero, al tiempo disponen unilateralmente y en todo momento de la coyuntura de hacerla fracasar. La igualdad y la voluntariedad entre las partes en contienda preside la mediación, basta que una de ellas decida per se, y sin necesidad de esgrimir una sola justificación, abandonar la mediación para que ésta ya no sea válida como vía de resolución del conflicto”.

La voluntariedad, como comenté anteriormente, ha de prevalecer en todo momento, tanto en el inicio, como en el desarrollo y, como no podía ser de otra forma, en la finalización de la mediación. Si alguna de las partes, por el motivo que sea, entiende que la mediación no va a colmar sus legítimas expectativas puede no iniciarla o abandonarla en el momento que considere oportuno y, desde mi punto de vista, ésta es precisamente una de las fortalezas de la mediación en el sentido de que deposita en las partes la responsabilidad de gestionar y concluir su propia disputa, sin que por ello pierda valor como vía de resolución.

Por otro lado, apunta también MARTÍN DIZ como debilidad el hecho de que el mediador, como tercero ajeno al conflicto, “no tiene ninguna autoridad sobre los contendientes en cuanto a la resolución del conflicto, su atribución es básicamente colaborativa, cooperativa, asistencial, pero en ningún caso decisoria, imperativa e impositiva”. En este sentido entiendo que si las partes prefiriesen otro tipo de intervención acudirían a los sistemas clásicos impositivos, arbitraje o proceso judicial, pero si deciden optar por la mediación lo harán precisamente por su carácter no decisorio o impositivo y por la posibilidad de autogestión que ésta les ofrece.

4.5.2 Resistencias de los operadores jurídicos

La implantación de estos métodos alternativos de solución de conflictos ni ha sido, ni va a ser una tarea sencilla. Hay que tener en cuenta las resistencias que se van a producir desde diversos sectores, y hay que permitir que éstos participen activamente en el cambio, a fin de consensuar soluciones que den una respuesta adecuada a cada conflicto y permitan recuperar la confianza de los ciudadanos en la Justicia.

Este cambio, no sólo de sistema, sino de mentalidad, se habrá de enfrentar a no pocos obstáculos.

A. Reticencias por parte de los abogados

Así, en primer lugar la resistencia de los distintos operadores jurídicos, comenzando por el importantísimo papel que los abogados han de desempeñar en el mismo.

Motivos de tradición jurídica hacen que los abogados no se muestren proclives hacia un cambio de las consolidadas instituciones jurisdiccionales clásicas y, por tanto, reacios a la utilización de nuevos mecanismos de resolución de conflictos¹⁸⁷. Existe un evidente temor hacia lo desconocido y estos mecanismos aún hoy lo son.

En otras ocasiones, son razones meramente económicas las que hacen a los abogados renegar de la utilización de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos, toda vez que el uso de los mismos les puede suponer un menor rendimiento económico si el conflicto ya está iniciado y se resuelve de forma más rápida, cuando no los ven como una seria amenaza o intromisión en su labor profesional si dicho conflicto se resuelve sin su concurso y con la intervención de otros profesionales.

Para eliminar estos recelos hay que tratar de informar y formar a los abogados sobre el objeto y finalidad de estos métodos de gestionar disputas, lo que además les va a proporcionar una nueva óptica a la hora de abordar los conflictos que puedan plantearles sus clientes.

Frente a la opinión de algunos autores¹⁸⁸, entiendo que el cliente, normalmente, no desea que el abogado gane el pleito en los tribunales, lo que realmente pretende es que le solucionen su problema, independientemente de cómo se haga, y si el

¹⁸⁷ Tal y como apunta MEJÍAS GÓMEZ, “en la universidad se enseña a los futuros abogados que su calidad jurídica se medirá por la cantidad de juicios que ganen y no por la cantidad de pleitos que eviten o terminen por el acuerdo de las partes. Incluso se piensa que un abogado negociador es un abogado débil. Se confunde la debilidad con la capacidad de diálogo. Se confunde la fortaleza con la intransigencia y con la rigidez, la tozudez o la falta de capacidad de diálogo”. MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de...*, op. cit., pág. 60.

¹⁸⁸ Por ejemplo, DE LA OLIVA SANTOS sostiene que “la gente demanda que se le haga justicia y pocas veces que una controversia sea resuelta de alguna forma”. DE LA OLIVA SANTOS, A., “Mediación y Justicia...”, op. cit., pág. 8.

abogado consigue evitar la judicialización del conflicto, con el subsiguiente ahorro de costes de todo tipo que ello conlleva, posiblemente el abogado habrá ganado un cliente para toda la vida.

Se trata de intentar cambiar la visión clásica de la figura del abogado, ha de pasar de ser un mero litigador ante los tribunales a un asistente legal que habrá de aconsejar a su cliente acerca de cuál es el método que él entiende idóneo o más adecuado para gestionar su problema concreto, derivando al mismo al servicio que corresponda, en su caso, y asesorándole durante su desarrollo, habiendo finalmente de dar forma jurídica al acuerdo alcanzado si fuere necesario, por lo que no es que se prescinda en ningún caso de su intervención, sino que, simplemente, la misma se configura de forma distinta.

De hecho, en la práctica, cada vez son más los abogados que se están formando en resolución alternativa de conflictos, fundamentalmente en mediación.

B. Reticencias por parte de los jueces

Otros operadores que también pueden suponer un obstáculo en este necesario cambio son los propios jueces y magistrados.

Como sostiene REDORTA LORENTE, “muchos jueces piensan que impartir Justicia es repartir sentencias y éste es un rol al que no quieren renunciar”¹⁸⁹, aunque afortunadamente cada vez menos integrantes del cuerpo judicial tienen una visión tan limitada.

Para ALASTRUEY GRACIA, “la situación actual de la Justicia y del quehacer del Juez bien merece una revisión. Lo primero a asumir es que la vida ofrece una riqueza de situaciones y cada individuo percibe una misma realidad de forma distinta a otros, y que esa diversidad de percepciones y relaciones no caben todas ellas en las normas escritas. (...) Pretender que cualquier conflicto de intereses tiene respuesta legal y que ésta es solución, la única posible a la cuestión planteada, es en ocasiones ilusorio. Por ello mismo, sostener que la función de los jueces es sólo y exclusivamente aplicar la ley al caso concreto, mediante el dictado de sentencias

¹⁸⁹ REDORTA LORENTE, JOSEP, “Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos”, en AA.VV., *Revista de Mediación*, Año 2, Nº 3, Marzo, 2009, pág. 30.

que constituyen el punto y final de la cuestión, es tanto como funcionar de espaldas a las personas que sufren el conflicto y al conflicto mismo”¹⁹⁰.

Desde el propio Consejo General del Poder Judicial se viene apostando firmemente, desde los últimos años, porque los jueces propicien la utilización de estos medios complementarios de solución de conflictos cuando adviertan una posible solución consensuada en cualquiera de los procedimientos de los que estén conociendo, disponiendo, en su caso, la suspensión de dichos procedimientos si fuere necesario¹⁹¹.

C. Reticencias por parte de los justiciables

En otras ocasiones, son los propios justiciables los que se muestran poco receptivos a cambios en la forma de resolver sus conflictos¹⁹². En muchos casos existe desconfianza hacia lo desconocido, pues la forma tradicional de resolver un problema ha sido siempre acudir al tribunal y que sea el juez el que decida quién tiene razón en la controversia¹⁹³.

¹⁹⁰ Véase, ALASTRUEY GRACIA, R., “Traslación de la mediación y sus acuerdos al proceso judicial”, en LAUROBA, E., BARRAL, I., VIOLA, I., (Dir.), *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011, pág. 403.

¹⁹¹ En la propia Escuela Judicial, desde hace ya más de ocho años, se vienen realizando dentro del ámbito de la formación permanente, cursos específicos de mediación, dirigidos a jueces y magistrados, por lo que cada vez es mayor el número de éstos que conoce y apuesta por la mediación como sistema complementario y perfectamente adecuado para la resolución de determinados conflictos. Vid. <http://www.poderjudicial.es>

¹⁹² Señala MEJÍAS GÓMEZ, que “los ciudadanos van al juzgado a *ganar* y no a *resolver su conflicto*. Se confunde lo que supone ganar y resolver el conflicto, como si ambas cosas fuesen lo mismo, y ello no es así, en absoluto. Vivimos inmersos en una sociedad claramente competitiva y todo lo analizamos desde esta perspectiva que implica el binomio *ganar-perder* y eso nos lleva a olvidarnos de una excelente manera de resolver y gestionar conflictos que es el pacto, la negociación, el consenso, el acuerdo”. MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de...*, op. cit., pág. 60.

¹⁹³ Como pone de manifiesto PECES MORATE, “en España no tienen demasiado predicamento ni popularidad, las instituciones encaminadas a disuadir o evitar el llegar a la Justicia, es decir, todas aquellas instituciones que, relacionadas con temas arbitrales o de autocomposición, evitan la puesta en marcha de la estructura de la Justicia. Será una tradición cultural o algo peculiar de nuestra civilización, pero lo cierto es que el ciudadano siempre quiere ir al juez, es decir busca al juez. La cuestión posterior es si esto efectivamente defrauda porque el juez no es la persona que él esperaba, porque su decisión resulta a veces oscura o porque no resuelve el problema de una forma definitiva, dado que quedan abiertos flecos, recursos y otros conflictos secundarios”. MARTÍN PALLÍN, J.A. y PECES MORATE, E., *La Justicia en...*, op. cit. pág. 20.

En este sentido, señala DE LA OLIVA SANTOS que “existe en España una secular cultura de acceso a la Justicia para obtener, precisamente de los tribunales oficiales, una tutela conforme a Derecho. Dicho con otras palabras, son muy comunes y muy arraigados el impulso y la decisión de acudir a los tribunales para que remedien la injusticia que se ha sufrido o que aún se sufre, sin que el coste de la Justicia oficial opere como un fuerte elemento disuasorio”¹⁹⁴.

Entiendo que lo que concurre, en general, es mero desconocimiento de la existencia de otros medios para resolver conflictos, es decir los ciudadanos normalmente no conocen o no tienen otra vía para solucionar sus problemas, por lo que no tienen más opción que reclamar la tutela de los tribunales.

Se antoja imprescindible realizar campañas de difusión de la existencia de estos métodos alternativos a fin de proporcionar al ciudadano un derecho de acceso a la Justicia en términos más amplios y más adecuados que los actuales, estimulando los valores y la cultura del acuerdo frente a la concepción clásica de la resolución de conflictos. Las personas que tengan un problema o sufran algún tipo de disputa o conflicto, han saber de qué diversas vías pueden disponer para gestionar o intentar resolver los mismos.

¹⁹⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., “Mediación y Justicia...”, op. cit., pág. 8.

CAPÍTULO II

MÉTODOS ALTERNATIVOS O COMPLEMENTARIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1.- LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS O ADR (ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION)

La intervención de un tercero neutral o de terceras personas que ayudan a otras resolver los conflictos, sin imponer una solución al mismo, no es un fenómeno nuevo o que se haya puesto de moda en los últimos años, sino que es propio de diversas culturas y desde tiempos muy antiguos.

Como apuntaba TARUFFO, en la antigua China, la conciliación y la mediación fueron los principales medios para resolver las desavenencias que surgían en el seno de la comunidad¹⁹⁵.

En otras culturas, las relaciones familiares han constituido un recurso de solución de conflictos muy importante, con la institución del jefe de familia o patriarca como figura respetada por su sabiduría y habilidad para ayudar a resolver las desavenencias personales existentes en sus miembros.

Distintos grupos étnicos y religiosos han establecido sus propios sistemas alternativos para la solución de sus desavenencias. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho consuetudinario indígena en muchos países latinoamericanos, configurado como un conjunto de normas, principios, formas de conducta y convivencia entre los miembros de una familia, comunidad o pueblo, cuyo objetivo

¹⁹⁵ “En China, la tradición confuciana que ha determinado por más de dos milenios la actitud hacia la resolución de los conflictos, ha constituido la base filosófica e ideológica en la que se encuentra fundada la aversión hacia el recurso a la justicia de los tribunales y el privilegio de las distintas formas de conciliación”. TARUFFO, M., *Páginas sobre Justicia Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 129. Igualmente, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO y PENÍN ALEGRE señalan que “si nos remontamos a la China antigua observamos como Confucio, en el siglo V antes de Cristo, predicaba la preferencia de la *persuasión* sobre la *coacción* y recomendaba la mediación como alternativa al litigio ante el tribunal, para evitar el resentimiento, que un hombre bueno y desinteresado que ayudara a alcanzar un acuerdo podría evitar”. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. y PENÍN ALEGRE, M.L., “Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de...*, op. cit., pág. 9.

es buscar la armonía en la población, por lo que es necesario que todas las partes en conflicto asuman el proceso de forma voluntaria. Quienes lo imparten son las autoridades indígenas, elegidas por su destacado papel en la comunidad y sus cualidades personales. En muchas comunidades indígenas, incluso a día de hoy, se siguen utilizando métodos basados en la negociación y mediación como únicos mecanismos para la resolución de sus controversias¹⁹⁶.

Sin embargo a pesar de los antecedentes mencionados, fue realmente en Estados Unidos, a partir de la década de los años setenta del pasado siglo, cuando se empieza a hablar propiamente de formas alternativas de resolución de disputas o ADR (Alternative Dispute Resolutions por sus siglas en inglés)¹⁹⁷.

En castellano se han utilizado varias siglas para referirse a los mismos como MASC (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos), MARC (Métodos Alternos de Resolución de Conflictos), RAC (Resolución Alternativa de Conflictos) o TARC (Técnicas Adecuadas de Resolución de Conflictos), entre otros.

Respecto de la terminología generalmente aplicada para referirse a los mismos, la traducción del acrónimo inglés ADR, *Alternative Dispute Resolution*, hay no pocas voces discrepantes en cuanto a la adecuación de tal denominación para dichos métodos autocompositivos, toda vez que éstos, a diferencia de la vía judicial o del arbitraje, no garantizan en todos los casos una solución al conflicto tratado, por lo que entienden que no cabría considerarlos como mecanismos de resolución, sino de gestión de conflictos¹⁹⁸.

¹⁹⁶ También en Latinoamérica, como pone de manifiesto OTERO PARGA, “en Perú, en los años setenta, se crearon las *rondas campesinas* que eran formas espontáneas de auto-organización. En Colombia existen órganos de mediación comunitaria llamados *los mayoritarios* que otorgan a ciertas autoridades familiares la función de resolver las disputas cotidianas. Igualmente la Constitución establece la posibilidad de existencia de jueces de paz que podrán ser elegidos por iniciativa popular. En Chile, a partir de mediados de los ochenta, se forman colectivos de trabajo con capacidad de autogestión, cuya finalidad es la práctica de una justicia participativa”. OTERO PARGA, M., “Las raíces históricas y culturales de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit. pág. 180.

¹⁹⁷ Vid. MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., págs. 58-59.

¹⁹⁸ En este sentido, véase VALL RIUS, A., “Gestión cooperativa de conflictos: Medarb y otras figuras posibles”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de ...*, op. cit. págs. 91-92. Igualmente, BELLOSO MARTÍN apunta que “la evolución de las ADR ha dado lugar a un desarrollo progresivo de su propia concepción y, de formas *alternativas* de resolución de conflictos se ha optado por utilizar la de formas *complementarias*, hasta llegar en la actualidad a preferir la terminología de *gestión positiva del conflicto*, que representa mejor el espíritu de estas

Por otro lado, también ha suscitado discrepancias el uso del término “alternativos”, ya que se parte de la premisa de que la vía principal es la adversarial clásica, es decir el procedimiento judicial, y lo deseable es que estos mecanismos no sean ya alternativos, sino adecuados, es decir otros recursos a disposición del ciudadano que pueden resultar más eficientes en determinadas ocasiones, por lo que pueden resultar la primera opción a intentar para la gestión y posible solución del conflicto en aquellos casos en los que así resulte conveniente¹⁹⁹.

Como sostiene REDORTA LORENTE, “el acceso a la justicia por los ciudadanos debe ser visto como el derecho de acceso a los medios apropiados de resolución de conflictos en función de las circunstancias del caso”²⁰⁰.

Suscita suspicacias la “alternatividad” de estos métodos, cómo si se pretendiese crear una justicia paralela excluyendo la vía judicial. Entiendo que estos mecanismos no se plantean como vías alternativas al procedimiento judicial excluyentes del mismo, sino como otras opciones de solución de conflictos que, en algunas ocasiones, actuarán como verdadera alternativa previniendo la judicialización del mismo y poniendo fin, en su caso, a la controversia suscitada entre las partes, y, en otros supuestos, podrán actuar, con idéntica eficacia, incluso una vez judicializado el conflicto, funcionando en este caso como vía complementaria al propio proceso judicial, donde se intentará una solución por las propias partes que tendrá la misma validez y eficacia que si hubiese sido impuesta por el juez.

Evidentemente, los ADR no son un remedio en todos los casos, ni sirven para todo tipo de asuntos, creo que es una obviedad que los propios detractores de estos métodos han olvidado tener en cuenta. Para su buen funcionamiento y eficacia han de producirse dentro de determinados contextos y bajo ciertas condiciones. Algunos métodos que pueden funcionar muy bien en determinadas sociedades o

ADR”. BELLOSO MARTÍN, N., “Una propuesta de Código Ético de los mediadores”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 15, 2007, pág. 1.

¹⁹⁹ Vid. MORENO CATENA, V., “La resolución jurídica de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 50.

²⁰⁰ REDORTA LORENTE, J., La justicia del futuro, en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*, GEMME, Barcelona, 2009, pág. 6.

países no tienen por qué hacerlo de igual forma en otros, cuya cultura o circunstancias sean diferentes. Un método concreto de resolución de conflictos tiene valor como remedio específico dependiendo del contexto sociocultural, económico, institucional y jurídico donde se desarrolle.

Uno de los factores que se ha señalado como de especial relevancia cuando se habla de los métodos alternos de resolución de conflictos es el entorno cultural. Como señala FONT-GUZMÁN, “debemos recordar que los conflictos surgen en contextos socio-culturales y los mecanismos para resolver los mismos deben ser culturalmente sensitivos a estos contextos”²⁰¹.

Así, se ha constatado cómo en países que tienen sistemas jurídicos que mantienen fuertes raíces morales o éticas, como es el caso de muchos países orientales, donde la esfera jurídica y social se encuentran íntimamente relacionadas, la condena social por el uso de vías no pacíficas de resolución de conflictos evita que la mayor parte de los litigios llegue a judicializarse.

No es que no existan conflictos o que éstos sean de menor importancia que los que pueden tener los ciudadanos de sociedades occidentales, lo que sucede es que socialmente está mal valorado acudir a los tribunales sin haber intentado previamente otras vías alternativas de solución de conflictos. Consideran que el recurso a los tribunales ha de ser la última vía. Frente a la sociedad occidental donde todo gira en torno a los derechos privados del individuo, en las culturas tradicionales orientales se presta más atención a la persona como miembro de un colectivo, primando la paz social y el bienestar de la comunidad sobre los intereses particulares²⁰².

Por lo que respecta a los países occidentales, a diferencia del proceso judicial, donde existen claras diferencias entre los diferentes sistemas clásicos (derecho civil o continental, derecho común o anglosajón, o sistema mixto), en el ámbito de

²⁰¹ FONT-GUZMÁN, J.N., “Programas de derivación judicial en Estados Unidos”, en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., págs. 308-309.

²⁰² Como manifiesta VILALTA NICUESA, “la tradición oriental deposita poca confianza en el Derecho, como instrumento para asegurar el orden social y la justicia. Las leyes representan allí modelos de conducta más que normas imperativas, lo que responde a un viejo brocardo chino: *para los bárbaros el derecho, para nosotros la ética y el buen gusto*”. VILALTA NICUESA, A. E., “Un excursus previo: el estudio comparado de la mediación”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.), *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación...*, op. cit., pág. 35.

los métodos alternativos de conflictos su regulación y tratamiento han sido abordados de manera muy similar en todos los Estados, independiente del sistema jurídico que éstos tengan, con la consecuencia de provocar una importante aproximación de prácticas y principios.

En los países de tradición jurídica continental, Francia, Alemania o España, entre otros, se está percibiendo en los últimos años un notable incremento en la implementación y apoyo de métodos de resolución de conflictos alternativos a la jurisdicción, lo que está propiciando la apertura del sistema judicial y de la propia jurisdicción a otros mecanismos, como la mediación que, sin duda y como ya he comentado, se presentan como más adecuados para el abordaje de determinados conflictos de intereses.

Un aspecto común a todos estos países es la preocupación o el celo de los propios tribunales de justicia en su función de control de la estricta aplicación del ordenamiento jurídico y de respeto al orden público.

Otro aspecto común en estos ordenamientos es el interés en regular legalmente todo aquello que tenga que ver con los mecanismos alternativos de solución de conflictos y, en especial, con la mediación.

Este exceso de regulación de los métodos alternativos no es especialmente indicado, toda vez que si algún elemento ha de definir a los mismos es, precisamente, la flexibilidad y la participación de las propias partes implicadas en la conformación del desarrollo del proceso, por lo que no tiene mucho sentido intentar encorsetarlos en rígidos preceptos legales²⁰³.

En Alemania, por ejemplo, el recurso a la resolución extrajudicial de conflictos se basa, en principio, en el acuerdo entre las partes en conflicto. Este acuerdo puede formar parte integrante de un contrato previo entre las partes o ser objeto de un convenio específico. En caso de incumplimiento por alguna de las partes de la obligación contraída de acudir a un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos, antes de recurrir a la vía judicial, la parte contraria tiene derecho de plantear tal circunstancia como excepción que implica la no admisibilidad del

²⁰³ Véase en este sentido SOLETO MUÑOZ, H., "El proceso de mediación", en SOLETO MUÑOZ, H. (DIR.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 225.

procedimiento judicial. Las partes tienen la libertad de elegir el procedimiento de resolución del conflicto así como el conciliador, el intermediario o el mediador que les interese²⁰⁴.

A diferencia de los países con tradición jurídica de derecho civil o continental, en el mundo anglosajón desde hace ya bastantes años se ha apostado por implementar mecanismos alternativos de solución de conflictos que vienen actuando como una especie de filtro, de forma que se intenta que sólo lleguen a los tribunales los asuntos que realmente no han podido ser solucionados mediante otras vías o aquellos otros que por su especial naturaleza o circunstancias requieren realmente de la intervención judicial como medio más adecuado para su resolución²⁰⁵.

En estos ordenamientos el papel de los tribunales de justicia es más pasivo o menos directivo o intervencionista que en los países con sistema de derecho civil o continental. Son las partes las que tienen la iniciativa del proceso y los propios tribunales tienden a promover los métodos alternos de solución de conflictos como una manifestación más del principio de autonomía de la voluntad.

También en estos países es común el hecho de que se ha procedido a regular profusamente todo aquello que tenga que ver con la mediación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, pero el acento no se pone ya tanto en la ley o en la norma escrita, sino en el respeto a los principios procesales, por lo que los protocolos de actuación, la guías de buenas prácticas y los usos comunes consensuados, son los mecanismos más utilizados²⁰⁶.

Al igual que sucede en los países de tradición civil o continental, si bien existe coincidencia en cuanto a los principios generales que han de guiar estos mecanismos, no hay una práctica homogénea, ni todos los profesionales que se dedican a ellos actúan de la misma manera o tienen la misma formación.

En Europa, por mencionar algunos ejemplos se puede destacar que en el Reino

²⁰⁴ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_es.htm.

²⁰⁵ Vid. ROBERTS, S., PALMER, M., *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pág. 359.

²⁰⁶ Vid. VILALTA NICUESA, A. E., "Un excursus previo: el estudio comparado de la mediación", en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.), *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación...*, op. cit., pág. 36.

Unido por afinidad jurídica (*common law*) con Estados Unidos, han acogido muy bien las técnicas de ADR, e igualmente ha sucedido con los países nórdicos.

Los países nórdicos se constituyen como referencia a tener en cuenta por sus iniciativas políticas novedosas en favor de la evolución social y de ofrecer respuestas a los problemas surgidos en el seno de sus comunidades en aras a que las mismas alcancen el mayor grado posible de bienestar social.

En estos países, incluso antes que en la Unión Europea, se tomó conciencia de que una justicia excesivamente formalizada y burocratizada era incapaz de dar respuesta a toda la conflictividad social. Desde hace casi treinta años se viene produciendo un aumento significativo de las experiencias e iniciativas públicas y privadas en orden a la implementación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos para dar una adecuada respuesta a las demandas sociales.

De esta forma, se han creado bastantes instituciones diferentes, tanto públicas como privadas, dedicadas a la resolución alternativa de conflictos que abarcan muy diversos ámbitos como las relaciones familiares, conflictos laborales, vecinales, penales o programas de actuación en el sistema educativo.

En Suecia, por ejemplo, existen distintos mecanismos alternativos de solución de conflictos, muchos de los cuales son enteramente extrajudiciales. Algunos de estos procedimientos extrajudiciales tienen carácter público y se encuentran regulados legalmente, mientras que otros tienen carácter exclusivamente privado, siendo gestionados por organismos y entidades de esta naturaleza²⁰⁷.

Las normas de procedimiento en Inglaterra (*Court Rules*) estipulan que los órganos jurisdiccionales deben fomentar la aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos siempre que sea conveniente²⁰⁸.

Respecto de los ámbitos dónde son empleados los métodos alternativos, éstos son muy variados (familia, civil y mercantil, laboral, conflictos comunitarios, etc.)²⁰⁹.

²⁰⁷ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_swe_es.htm.

²⁰⁸ Vid. ROBERTS, S., PALMER, M., *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms...*, op. cit., pág. 362.

²⁰⁹ Vid. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_eng_es.htm.

2.- EL ORIGEN DE LOS ADR: ESTADOS UNIDOS

A pesar de que los métodos alternativos de resolución de conflictos han estado presentes a lo largo de la historia en distintas culturas y países, como he venido comentando, se podría decir que los ADR, tal y como los conocemos en la actualidad tienen su origen, sin duda, en Estados Unidos.

Estados Unidos es considerada la cuna de los ADR, no ya tanto porque fuese allí donde todos estos métodos adquirieron prácticamente su configuración actual, sino porque allí ha sido donde han cobrado un inusitado impulso y desarrollo, de forma tal que en la actualidad es imposible analizar el sistema de Administración de Justicia norteamericano sin tener en consideración dichos métodos²¹⁰.

Según pone de manifiesto SOLETO MUÑOZ, “la crisis del modelo o del mito de la justicia (como modelo, por saturación de los tribunales, por insatisfacción de los usuarios...) apunta a la necesidad de acudir a formas alternativas de resolución de las disputas. Otros países como Estados Unidos, ante una situación análoga en los años setenta, recurrieron a otras de resolución de conflictos”²¹¹.

En el mismo sentido, PUJADAS TORTOSA apunta en Estados Unidos confluyeron una serie de factores que pueden ayudar a explicar el origen y especial desarrollo de los ADR en aquel país.

Por un lado, estaría la presencia, en ocasiones aislada, de distintos métodos de resolución de conflictos, alternativos a la jurisdicción, como consecuencia de la amalgama de razas, etnias y religiones que hay en su sociedad, las cuales han aportado sus propios métodos de gestión de conflictos, fruto de sus propias culturas y tradiciones.

Por otra parte, está también la especial asunción por parte de la propia sociedad americana de estos métodos alternativos, derivada del sentimiento de individualismo y sociedad autosuficiente que tienen de ellos mismos.

²¹⁰ Según BARONA VILAR, “puede afirmarse, sin temor a equivocarse, que la desaparición de los ADR supondría el caos más absoluto de la justicia americana”. Vid. BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de...*, op. cit., pág. 93.

²¹¹ SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación vinculada a los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de...*, op. cit., pág. 263.

Y, por último, la existencia de una doctrina científica que se ha interesado por el estudio jurídico de dichos métodos alternos como respuesta al contexto social y a la situación de sus tribunales²¹².

Por su parte, BARONA VILAR señala que los ADR comenzaron a desarrollarse extraordinariamente en Estados Unidos en la década de los 70 del siglo pasado y lo hicieron básicamente fruto de tres tipos de causas: A) El colapso producido ante los tribunales civiles y penales; B) El sentimiento creciente de que faltaban mecanismos privados de resolución de controversias; C) La incapacidad intrínseca del sistema de poder asegurar a todos el acceso a la Justicia²¹³.

Para BUTTS GRIGGS, “el desarrollo actual de la mediación en Estados Unidos ha sido una respuesta, en parte buscando eficiencias y mejores alternativas a los procesos judiciales, y por otra parte buscando intervenciones más humanistas que fomentaran la paz personal, mejores relaciones entre las personas y un sentido de comunidad más cohesionado y sano”²¹⁴.

En la base ideológica de la eclosión de los ADR tuvieron mucho que ver dos corrientes de pensamiento surgidas en Estados Unidos durante el pasado siglo.

Por un lado, la denominada *Critical Legal Studies*, surgida en la Universidad de Harvard, que, como su nombre indica, pretendía ofrecer una visión crítica, a la vez que realista, del sistema de justicia americano y de los problemas que el mismo venía sufriendo como consecuencia del aumento de procedimientos presentados ante los tribunales, de la cada vez mayor complejidad de la sociedad civil y de sus relaciones jurídicas, así como de la inflación legislativa que no hacía sino aumentar el índice de litigiosidad.

Y, por otro lado, el llamado *Movimiento de libre acceso a la Justicia*, cuyo objetivo era asegurar que cualquier persona tuviese acceso a un medio de solución de conflictos, fuere el que fuere, por lo que dicho Movimiento centró gran parte de sus

²¹² PUJADAS TORTOSA, V., “Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica”, en *Revista Española de la Corte de Arbitraje*, Vol. XVIII, 2003, pág. 76.

²¹³ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de...*, op. cit., pág. 50.

²¹⁴ BUTTS GRIGGS, T., *La mediación en los Estados Unidos: contexto y experiencias*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pág. 184.

esfuerzos en la búsqueda de vías alternativas a la jurisdicción que garantizaran a todos los ciudadanos la efectiva solución de sus controversias.

El año 1976 marcó la definitiva eclosión de los ADR con la celebración de la *Roscoe E. Pound Conference on the causes of popular dissatisfaction with Administration of Justice*, convocada por el Magistrado del Tribunal Supremo Warren E. Burger y en ella tomaron parte representantes de muy distintos foros, incluidos jueces, fiscales, abogados y académicos, con el fin de analizar y debatir las causas del descontento popular generalizado que provocaba la Administración de Justicia²¹⁵.

Fruto de dicha Conferencia, el profesor Frank Sander escribió *Varieties of Dispute Resolution*, documento que sirvió de inspiración y guía para el definitivo impulso de los ADR en Estados Unidos, generando un importante cambio en la mentalidad y cultura de la solución de conflictos²¹⁶.

Otra de las consecuencias de la misma fue el interés surgido a partir de ese momento en las entidades y corporaciones públicas por los métodos alternativos de resolución de conflictos y así, en ese mismo año 1976 el Colegio de Abogados, *ABA, American Bar Association*, creó el *Special Committee on Minor Disputes Resolution* que dio lugar a lo que hoy en día es la *Section of Dispute Resolution* del citado organismo que cuenta en la actualidad con cerca de 19.000 miembros, siendo la organización más importante y numerosa del mundo en el campo de la resolución alternativa de conflictos²¹⁷.

También la referida Conferencia tuvo un importante impacto en la comunidad académica, introduciéndose a partir de aquel momento el estudio de los ADR en los planes de estudio de la mayoría de Escuelas de Derecho y Ciencias Empresariales del país²¹⁸.

²¹⁵ Vid. SINGER, L.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Buenos Aires, 1996, pág. 19.

²¹⁶ Vid. MENKEL MEADOW, C., "Roots and inspirations. A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution", en BORDONE, R.C. y MOFFIT, M.L. (Dirs.) *Handbook of Dispute Resolution*, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, pág. 19.

²¹⁷ http://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution.html.

²¹⁸ En el año 1983 se fundó en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard el *Program on Negotiation (PON)*, al poco tiempo la Universidad de Stanford organizó el interdisciplinario *Stanford Center on Conflict and Negotiation (SCCN)* y la Fundación *William and Flora Hewlett*

Hoy en día, prácticamente todas las Facultades de Derecho, y muchas de Ciencias Empresariales, incluyen el estudio de las ADR en sus planes de estudio y ofrecen también programas de especialización en postgrado, siendo además el avance doctrinal alcanzado en la materia muy importante, fruto de los trabajos e investigaciones realizadas desde muy diversos ámbitos como la Antropología, Sociología, Psicología y, por supuesto, el Derecho.

En la misma línea, la legislación, tanto la federal como la estatal, se incrementó considerablemente a fin de dar cabida a los nuevos métodos de resolución de conflictos que ya venían operando en la práctica.

Así, ya en 1983, se produjo una modificación en las *Federal Rules of Civil Procedure* para favorecer la utilización de procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos y en 1985 la *Washington D.C. Superior Court* estableció la *Multidoor Dispute Resolution Division* siendo uno de los tres programas piloto que se instauraron en dicho año, los otros dos estaban en Tulsa (Oklahoma) y Houston²¹⁹.

El programa implementado en Washington D.C. pronto comenzó a dar sus frutos y a disminuir progresivamente la congestión que venían sufriendo los tribunales, por lo que en 1989 se instauró con carácter permanente, contando con distintas secciones o puertas: *Small Claims Mediation Program*; *Family Mediation Program*; *Civil Dispute Resolution Program*; *Community Family Information and Referral Center*; *Probate, Tax and Complex Civil Cases*; y *Child Protection Mediation Pilot Program*. Los casos eran seleccionados y dirigidos por un equipo directivo que trabajaba a tiempo completo y contaba con un elenco de mediadores voluntarios elegidos y entrenados por el propio Programa para la gestión de los mismos²²⁰.

Los continuos éxitos de los programas de mediación conectados con los tribunales provocaron que otros tribunales en el país apostarían por implementar programas

comenzó a subvencionar distintos centros dedicados al estudio de la resolución de conflictos. Vid. MENKEL MEADOW, C., "Roots and inspirations. A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution", en BORDONE, R.C. y MOFFIT, M.L. (Dirs.) *Handbook of Dispute...*, op. cit. pág. 23..

²¹⁹ Vid. DI STEFANO, L., "Mediación conectada con los Tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento", en SOLETO MUÑOZ, H., *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 288.

²²⁰ Vid. BARRETT, J.T. *A History of Alternative Dispute Resolution*, Jossey-Bass, San Francisco, 2004, pág. 234-235.

similares en sus respectivas jurisdicciones y así a finales de los años 80 tanto tribunales locales, como estatales, federales e incluso algunas Cortes de Apelación establecieron dichos programas como parte integrante de sus servicios dotándose de oficinas específicas para la selección y entrenamiento de los mediadores voluntarios que participaban en los mismos.

En 1990, en virtud de la *Administrative Dispute Resolution Act*, se instaba a todos los organismos federales para que desarrollaran políticas sobre el uso voluntario de los métodos alternativos de resolución de disputas.

También en el año 1990, la *Civil Justice Reform Act* exigía a los tribunales que crearan comités asesores para el estudio y efectiva reducción de costes y retrasos temporales en los litigios, mediante la utilización de mecanismos ADR, mandato que fue completado en 1998 por la *Alternative Dispute Resolution Act* que requería a todos los tribunales federales el establecimiento de un programa de ADR.

De 1990 es igualmente la *Negotiated Rulemaking Act* que autoriza el uso de normas negociadas como alternativa a las normas impuestas por las agencias federales, dando protagonismo a las partes a la hora de configurar sus propias soluciones, posibilidad que fue reafirmada por la *Administrative Dispute Act* de 1996²²¹.

En la actualidad, en el ámbito de los tribunales, cada vez hay más órganos judiciales que tratan de estimular, y en algunos casos incluso conminar, a las partes para que intenten solucionar sus conflictos mediante la utilización de mecanismos extrajudiciales, siendo abundante a nivel estatal la promulgación de normas autorizando la implementación de programas de ADR en el marco propio de actuación de los tribunales.

Hay muchos Estados que han creado además oficinas encargadas de coordinar dichos programas, ofreciendo asistencia tanto a las partes como a los profesionales que participan en la aplicación de los citados métodos. Se han creado protocolos, códigos de conducta para los neutrales e incluso algunos Estados han adoptado

²²¹ La década de los 90 del pasado siglo supuso la gran expansión en Estados Unidos de los ADR, con la creación de nuevos mecanismos y el uso de las nuevas tecnologías aplicadas a los mismos. Vid. BARRETT, J.T. *A History of Alternative Dispute...*, op. cit., págs. 239-257.

normas éticas que obligan a los abogados a informar a sus clientes sobre las opciones alternativas de que pueden disponer a la hora de abordar su conflicto, habiendo de incidir en la recomendación de las mismas cuando el costo del litigio judicial supere el beneficio que se espera obtener de éste.

Respecto del tipo de métodos ADR más comúnmente utilizados en Estados Unidos destacan la negociación, la mediación y el arbitraje, si bien hay otros muchos.

3.- EL IMPULSO DE EUROPA A LOS ADR

3.1 LAS RECOMENDACIONES DEL CONSEJO DE EUROPA

El Consejo de Europa ha sido la institución que más tiempo lleva promoviendo las ADR y la mediación en Europa.

En el ámbito civil, la promulgación de la Recomendación 12/1986, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia, marcó la firme apuesta de Europa por la implementación de vías alternativas a la judicial.

Por lo que respecta a los diferentes ámbitos en los que habrán de tener aplicación, algunos instrumentos y propuestas europeas del Consejo de Europa han recomendado ya, directa o indirectamente, las modalidades alternativas de resolución de conflictos.

Así, por ejemplo, la *Recomendación (98) 1 del Comité de Ministros, sobre la mediación familiar* (adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de enero de 1998, en la 616 reunión de los Delegados de los Ministros), establecía la necesidad de buscar soluciones amistosas y reducir los conflictos en interés de los miembros de la familia, así como de aplicar la mediación a los conflictos que surjan entre los miembros de una familia, personas unidas por lazos de sangre o los miembros del matrimonio o pareja, instando a los Estados miembros a promocionar la mediación y facilitar el acceso de sus ciudadanos a la misma.

También fue motivo de preocupación garantizar la calidad de mediación y de los mediadores en dicho ámbito, por lo que la *Carta Europea para la Formación de*

mediadores familiares en situaciones de divorcio y separación de 1992, diferenciaba claramente entre acciones de sensibilización, que tienen por objeto el informar y divulgar la mediación familiar, con procesos o actuaciones de corta duración, hasta cinco días, y acciones de formación para la práctica de mediación familiar que capacitaban para el ejercicio de la misma y que requerían un mínimo ciento ochenta horas²²².

En el ámbito administrativo, el Consejo de Europa ha apoyado también la mediación, y los conflictos entre Autoridades y particulares también han sido abordados con el objetivo de evitar esperas indeseables a los justiciables y aproximar la administración a los ciudadanos.

Así, se dictaron dos Recomendaciones, la *Recomendación (81)7, de 14 de mayo del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre medios de facilitar el acceso a la Justicia*, que apela en su anexo a tomar medidas para facilitar el recurso a la conciliación y a la mediación, y la *Recomendación (2001)9, de 5 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre alternativas al litigio entre autoridades administrativas y terceros*, que insta a dichas partes a utilizar la mediación como vía de resolución de los posibles conflictos que entre las mismas pudieran surgir.

3.2 LA APORTACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

La supresión de barreras entre los países implica la libre circulación y establecimiento de sus ciudadanos en cualquier lugar de Europa para entamar distintas relaciones sociales y jurídicas. De estas relaciones surgen conflictos a los que se debe dar solución, pero esta solución, como he venido comentando, no ha

²²² Los avances en formación y práctica de la mediación, tras la Carta fueron notables e hicieron que viera la luz en 1996 el *“Forum Europeo de Mediación familiar”*, con la finalidad de desarrollar, promover y coordinar la formación y la investigación en el campo de la Mediación Familiar y ofrecer criterios de calidad para el ejercicio profesional de la Mediación Familiar en Europa. En él se establecieron los estándares de base para la formación profesional de mediadores familiares y entre los objetivos de la formación que se contemplaban destacaba el de formar dentro de un espíritu interdisciplinario y de cooperación. Distingue, al igual que la Carta Europea, entre acciones formativas y la formación práctica para la mediación, propiamente dicha. Respecto a la duración de la formación, se estiman necesarias como mínimo 180 horas (treinta días efectivos de formación), de las cuales 120 horas deberán estar centradas en el proceso de mediación; a éstas 180 horas, hay que añadir 40 horas de formación práctica, supervisada por un mediador formador. Vid. <http://www.europeanforum-familymediation.eu>.

de pasar únicamente por los métodos adversariales clásicos²²³.

Las distintas instituciones europeas llevan bastantes años interesadas en el desarrollo de las modalidades alternativas de resolución de conflictos.

Con la perspectiva de un espacio judicial común, se viene pretendiendo que la implantación de las ADR sea un signo de identidad de la nueva Europa, a la vez que un medio para abordar la crisis de la Administración de Justicia que vienen sufriendo la mayoría de los Estados europeos y una forma de ofrecer a los ciudadanos nuevas vías para abordar de mejor manera la gestión de sus conflictos y obtener soluciones más óptimas en muchos de ellos, pero para ello se precisaba sentar una serie de principios mínimos comunes que habrían de ser seguidos por dichos Estados²²⁴.

En este sentido, la Comisión Europea ha incidido en que el desarrollo de estas formas alternativas de solución de disputas no debía verse sólo como un remedio a las dificultades de funcionamiento de los tribunales, sino como una forma más

²²³ En el Considerando (1) de la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, se señala que “La Comunidad se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia donde esté garantizada la libre circulación de personas. Con este fin, la Comunidad debe adoptar, entre otras cosas, las medidas de cooperación judicial en materia civil que sean necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior”. Por su parte, en el Considerando (5) se pone de manifiesto que “El objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios”.

²²⁴ A este respecto, ORTUÑO y HERNÁNDEZ señalan que “una de las líneas fundamentales de actuación desde el Tratado de Amsterdam hasta la Constitución Europea que la consolida es la de garantizar la libre circulación de las resoluciones judiciales y el mutuo reconocimiento de los derechos, como si se tratase de un único país, en la visión tradicional de la soberanía que siempre ha preservado la Administración de Justicia como una competencia exclusiva y excluyente de cada Estado para ser ejercida dentro de sus fronteras. Si se ha optado como política propia de la UE por configurar la mediación como un sistema autónomo, complementario y alternativo a la vez, respecto al sistema judicial clásico para la resolución de controversias, es lógico que se procure un mínimo homologable de carácter común para toda Europa, con la finalidad de que se garantice de forma igual la vigencia de unos principios comunes, que permita reconocer la efectividad de los acuerdos, sin ulteriores dificultades, en cualquier Estado miembro”. ORTUÑO MUÑOZ, P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de...”, op. cit., pág. 53.

Por su parte, SOLETO MUÑOZ apunta que “en el marco de la Unión Europea, existen diversas posturas frente a los métodos alternativos de resolución de conflictos; por una parte, se pretende la regulación, pero por otra se defiende la libertad de cada Estado o incluso región o entidad local en el establecimiento de servicios y procedimientos que habrían de adaptarse al caso concreto, huyéndose por lo tanto de procedimientos rígidos o prefijados” SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación en la Unión Europea”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág.187.

consensuada de pacificación social²²⁵.

La Comisión considera que fomentar el uso de la mediación y otras formas de modalidades alternativas de resolución de conflictos facilita su resolución, ayuda a evitar los problemas, el tiempo y el coste implícitos a los litigios ante los tribunales de justicia y sirve los ciudadanos como una vía real de garantizar sus derechos legales²²⁶.

Por ejemplo, respecto de la mediación se destaca que, como medio de resolución de conflictos, permite que las partes vuelvan a entablar un diálogo para encontrar una verdadera solución a su litigio mediante la negociación, en vez de entrar en una espiral de conflicto y confrontación que normalmente suele desembocar en una situación de vencedores y vencidos que no va suponer la pacificación definitiva de la controversia. Resalta igualmente la importancia de este método, por ejemplo, en los conflictos familiares, aunque señala que su utilidad potencial es muy amplia en otros tipos de litigios y pone de manifiesto como cada vez es más utilizada en conflictos comerciales en los que las partes además de solucionar el conflicto quieren seguir manteniendo en la medida de lo posible relaciones comerciales de futuro, en conflictos relativos al ámbito del consumo, conflictos laborales, vecinales, etc., proporcionando en todos los casos remedios creativos que pueden estar fuera del alcance de los tribunales de justicia.

Después del Plan de Acción de Viena de 1998 y las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, el Consejo de Ministros de Justicia e Interior invitó a la Comisión a que presentara un Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en materia de Derecho civil y mercantil distintas al arbitraje,

²²⁵ Refiriéndose en concreto a la mediación, señala HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR que “la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, ha terminado por superar esa arrastrada ambigüedad en la justificación de la mediación para afirmar, con toda claridad, que *la mediación tiene un valor propio como método de resolución de litigios al que los ciudadanos y empresas debieran poder acceder fácilmente y merece promoverse independientemente de su efecto de descarga de la presión sobre el sistema judicial. La Comisión no considera la mediación como una alternativa a los procesos judiciales, sino como uno de los diversos métodos de resolución de litigios disponibles en una sociedad moderna que puede ser el más adecuado para algunos litigios, pero ciertamente no para todos*”. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., “Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC): ética y deontología de la mediación”, en HEREDIA CERVANTES, I., *Medios Alternativos de Solución de...*, op. cit., pág. 37.

²²⁶Vid. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_es.htm

en el que analizara la situación existente e iniciara una amplia consulta con miras a la preparación de las medidas concretas que conviniera adoptar.

La idea era establecer una serie de principios fundamentales, como marco común, que ofrecieran garantías necesarias para que la solución de los conflictos por instancias extrajudiciales supusiera o tuviera el nivel de seguridad requerido en la administración de la Justicia. A tal efecto, se fijó como objetivo esencial la necesidad de encontrar un equilibrio para mantener la flexibilidad que caracteriza a estos medios alternativos, salvaguardándose en todo caso la calidad de dichos procesos, y su articulación armoniosa con los procedimientos judiciales.

Las normas que han ido aprobándose en el ámbito de la UE han sido principalmente la Recomendación 2001/310/CE, de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo; el Código de Conducta Europeo para Mediadores, la propuesta de Directiva de la Comisión sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 2004, la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y finalmente la normativa de 2013 sobre ODR y mediación en asuntos de consumo.

3.2.1 El Libro Verde

Destaca, sin duda, por su importancia el Libro Verde que no se creó con intención normativizadora, sino que pretendía únicamente iniciar una reflexión y un diálogo sobre las ventajas e inconvenientes que podría plantear la introducción de los ADR en los diferentes Estados miembros, así como promover el análisis de los posibles problemas jurídicos que ello podría conllevar.

Su objeto, esencialmente, era encontrar respuestas al delicado equilibrio entre la necesidad de mantener la flexibilidad de estos procesos alternativos, garantizando al mismo tiempo su calidad, y su articulación armoniosa con los procedimientos judiciales. El Libro Verde hacía también hincapié en las realizaciones e iniciativas ya adoptadas en este ámbito por los Estados miembros y la Comunidad.

Como pone de manifiesto ORTUÑO MUÑOZ²²⁷, tras analizar el panorama global, el texto destaca la desigual implantación de los ADR en Europa, así como la diversidad de modelos que se venían utilizando dependiendo de los distintos sectores de aplicación de los mismos.

De la situación del proceso judicial en los diferentes Estados miembros, se constataba que los mismos cada vez tenían que hacer frente a un mayor número de procedimientos y que, además, la resolución de los mismos cada vez era más lenta y costosa, por lo que se hacía necesario implementar métodos alternativos como respuesta a la necesidad de facilitar el acceso a la Justicia, dando cumplimiento a lo establecido en el art. 6 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

De esta forma, se pretende conseguir una vía eficaz y complementaria al proceso judicial clásico, además de sentar las bases para profundizar en la paz social, incidiendo en los efectos positivos de estos métodos, como el restablecimiento del diálogo y el mantenimiento de relaciones futuras, especialmente destacables respecto de las relaciones comerciales.

Otra de las conclusiones del citado Libro Verde, tras observar la evolución seguida en los países miembros que ya venían utilizando ADR en sus ordenamientos internos, es que se consideraba necesario establecer, a nivel de Directiva o incluso de Reglamento, una normativa básica homogénea respecto a determinadas cuestiones, ya que la dispersión de modelos en la fase de experimentación de dichos ADR originó graves deficiencias que mostraron la necesidad de homogeneizar los sistemas para garantizar una mayor seguridad jurídica.

Por ejemplo, respecto de la conciliación, se constató que todos los Estados miembros tenían prevista, en sus respectivas normativas procesales, la posibilidad del intento de conciliación entre las partes litigantes, aún cuando el grado de obligatoriedad de dicho intento variaba dependiendo del Estado en cuestión, por lo que se consideraba adecuado elaborar programas de formación dirigidos a los jueces para revitalizar la conciliación como método complementario de resolución

²²⁷ ORTUÑO MUÑOZ, P., "El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, de 19 de abril de 2002, de la Comisión de las Comunidades Europeas", *Revista Iuris-La Ley*, nº 77, noviembre 2003, págs. 46-48.

de conflictos, a fin de que ésta pudiese conseguir el efecto que pretende, que no es otro que evitar la resolución judicial del litigio.

El Libro Verde proporciona mucha información, analiza un gran número de cuestiones, y está especialmente dirigido a jueces y profesionales del Derecho, aunque también es de gran utilidad para los propios justiciables.

La Comisión recordó que el desarrollo de estos métodos alternativos no debe considerarse como un remedio de las dificultades de funcionamiento de los tribunales de justicia, sino como otra forma más consensual de pacificación social y solución de conflictos y litigios que, en muchos casos, será más conveniente que el hecho de recurrir a un tercero como es el caso del proceso judicial o del arbitraje²²⁸.

Al publicar el Libro Verde, la Comisión participó en la continuación de los debates en curso en los Estados miembros y a nivel internacional sobre la mejor manera de garantizar que las modalidades alternativas de solución de conflictos se desarrollasen en un entorno óptimo.

Las veintiuna preguntas planteadas en el Libro Verde se referían a elementos determinantes de las distintas modalidades alternativas de solución de conflictos, tales como la cuestión de los acuerdos para hacer uso de estos procesos, el problema de los plazos de prescripción y caducidad, la exigencia de confidencialidad, la validez del consentimiento, la eficacia de los acuerdos resultantes de estos procesos y, en particular, su ejecución, la formación de los mediadores y otros neutrales, su acreditación o su régimen de responsabilidad.

Con este texto se inició un proceso de reflexión y diálogo entre los Estados miembros acerca de las posibles ventajas e inconvenientes de esta metodología y, desde esta perspectiva, se recabó la opinión de expertos acerca de las mencionadas cuestiones, celebrándose una audiencia pública sobre el tema el día 21 de febrero de 2003²²⁹.

²²⁸ Véase, SOLETO MUÑOZ, H., "La mediación en la Unión Europea", en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág.187.

²²⁹ Vid. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_es.htm.

3.2.2 El Código Europeo de Conducta para Mediadores

En julio de 2004 la Comisión decidió promover un Código de Conducta de los Mediadores que fue aprobado por una amplia mayoría de expertos en mediación de distintos Estados.

El Código de Conducta establece una serie de normas que pueden aplicarse en la práctica de la mediación y que pueden adoptar las organizaciones de mediación. Fueron elaboradas en cooperación con un importante número de organizaciones y personas privadas, entre ellas mediadores con amplia experiencia profesional y otros interesados en el desarrollo de la mediación en Europa²³⁰.

Tal y como se establece en el propio Código, el cumplimiento de los principios establecidos en el mismo se deja al arbitrio de los propios mediadores individuales, bajo su propia responsabilidad.

Por lo que respecta a las organizaciones de mediación, las mismas podrán instar a sus mediadores para que se acojan a los principios recogidos en el citado Código y podrán divulgar información sobre las medidas en materia de formación, evaluación y supervisión, con el fin de que sus mediadores individuales respeten o se ajusten al Código de Conducta²³¹.

Ahora bien, el respeto a dichos principios habrá de entenderse sin perjuicio de la legislación propia de cada Estado al respecto, así como de las posibles normas profesionales específicas existentes en los mismos.

El texto recoge una serie de principios mínimos, pero establece igualmente que las organizaciones que presten servicios de mediación podrán desarrollar códigos más detallados o especializados, adaptados a los tipos de mediación que ofrezcan (familia, consumo, laboral, etc.).

²³⁰ Texto disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf.

²³¹ La adhesión al Código de Conducta tiene carácter voluntario y la Unión Europea mantiene un listado con las organizaciones que se encuentran adheridas al citado Código. Dicho listado se encuentra disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_list_org_en.pdf.

Como pone de manifiesto SOLETO MUÑOZ, “el contenido del Código es sencillo, se recogen las garantías básicas del proceso de mediación en lo que respecta a los mediadores, neutralidad, confidencialidad e imparcialidad”²³².

El Código podrá aplicarse a cualquier tipo de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

3.2.3 La Propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles

En octubre de 2004, el Colegio de comisarios adoptó una Propuesta de Directiva de la Comisión sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que fue enviada directamente al Parlamento Europeo y al Consejo²³³. La Propuesta se elaboró como resultado del Libro Verde y en ella participaron activamente personas que estaban trabajando en el ámbito de la mediación. Su preparación transcurrió paralela a la del Código de Conducta y participaron casi las mismas personas.

Ya, como muestra evidente de la voluntad de Europa en su apuesta por los ADR, en la Exposición de Motivos de la Propuesta se ponía de manifiesto que “mejorar el acceso a la justicia es uno de los objetivos clave de la política de la UE para establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que particulares y empresas no se vean impedidos ni disuadidos de ejercitar sus derechos por la incompatibilidad o complejidad de los sistemas legislativos y administrativos en los Estados miembros. En este contexto, el concepto de acceso a la Justicia debe incluirla promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios para particulares y empresas, y no solamente el acceso al sistema judicial”²³⁴.

²³² SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación en la Unión Europea”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág.188.

²³³ El día 22 de octubre de 2004 el Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, fue publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Europea, DOC 0251 de 2004. El texto íntegro se encuentra en la web de la Red Judicial Europea: http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/index_es.htm.

²³⁴ Para ÁLVAREZ SACRISTÁN, “en concreto, la exposición de motivos de la propuesta se sustenta en varios aspectos: 1) las respuestas que los Estados miembros dieron a las preguntas que en el Libro Verde se suscitaban; 2) que se trata de unos supuestos de autorregulación; 3) una manera

El objetivo principal de la Propuesta de Directiva era fomentar el uso de la mediación haciendo que determinadas normas fuesen compatibles con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros²³⁵.

No sólo se pretendía implantar un instrumento propio de Derecho internacional privado comunitario, sino también promocionar la mediación, como síntoma claro de apuesta por el desarrollo de esta metodología desde instancias públicas y, singularmente, comunitarias²³⁶.

La Propuesta de Directiva buscaba igualmente conseguir un equilibrio entre la implementación de la mediación y el proceso judicial, de forma que la misma no está concebida tanto como marco regulatorio de la mediación en general, sino que destaca fundamentalmente la relación y coexistencia de ésta con los procesos judiciales de los diferentes Estados²³⁷.

rápida y simple de solucionar los conflictos; 4) una cantera sin explotar; 5) promover en los Estados la creación de la mediación; 6) que sea una alternativa a los procesos judiciales; y 7) que sea un sistema jurídico eficaz y justo". ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *La mediación civil y mercantil (Comentario y Formularios)*, Cuadernos de Práctica Procesal, nº 6, Gomylex, Bilbao, 2012, pág. 26.

²³⁵ ÁLVAREZ MORENO, pone de manifiesto las críticas que en nuestro país, desde la Comisión de Asuntos Jurídicos, se hicieron a la propuesta en el sentido de que no había necesidad de regular específicamente la mediación a nivel comunitario y de que no era precisa una Directiva, sino quizás Recomendaciones, como algunas de las ya existentes, para favorecer el uso de la mediación. Sin embargo, la citada autora manifiesta su disconformidad y sostiene que "no estamos de acuerdo con esta postura, dado que, en aquellos países, como España, en que no hay tradición de recurrir a este tipo de mecanismos de solución de conflictos, nunca llegarán a desarrollarse ni a tener un suficiente grado de certeza y seguridad jurídica que anime a los usuarios de la justicia a recurrir a ella para solucionar sus controversias". ÁLVAREZ MORENO, M.T., "La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Algunas cuestiones suscitadas al hilo de la propuesta de directiva del parlamento y del consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles", en *Revista del Poder Judicial*, nº 77, Primer trimestre 2005, Consejo General del Poder Judicial.

²³⁶ Así, en el apartado 1.1.3 de la Exposición de Motivos se alegan como motivos para justificar la promoción de la mediación: "la utilidad de ampliar el recurso a la mediación la constituyen esencialmente las ventajas del propio mecanismo de solución de litigios: una manera más rápida, simple y rentable de solucionar conflictos que permite tener en cuenta más aspectos de los intereses de las partes. Ello aumenta las posibilidades de alcanzar un acuerdo que respetarán voluntariamente y preserva una relación amistosa y sostenible entre ellos. La Comisión cree que la mediación es una cantera sin explotar como método de resolución de litigios y de dar acceso a la justicia a particulares y empresas".

²³⁷ En este sentido en el art. 3 se establece: "*Remisión a la mediación: 1. El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes el uso de la mediación para solucionar el litigio. En todo caso, el órgano jurisdiccional podrá requerir que las partes asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación. 2. La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que prevea el uso obligatorio de la mediación o la sujete a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida el derecho de acceso al sistema*

Los principales objetivos, según el dictamen de los servicios jurídicos del Consejo, se circunscribían a cuatro principalmente: 1º Mejorar la calidad de los servicios de mediación, especialmente respecto de los elementos transfronterizos; 2º Facilitar la ejecución internacional de los acuerdos de mediación; 3º Dar protección eficaz a la confidencialidad de los procesos de mediación; 4º Resolver los problemas derivados de la posible suspensión o interrupción de los plazos de prescripción para la interposición de acciones judiciales²³⁸.

Por su parte, ORTUÑO y HERNÁNDEZ señalan que “en cuanto a los objetivos y campo de aplicación, al primitivo artículo primero del Proyecto de Directiva, se ha añadido, como objetivo, el de *promover el arreglo amigable de los litigios*; esta matización es trascendente, puesto que no sólo se pretende con la Directiva implantar un instrumento propio del Derecho internacional privado comunitario, sino también la *promoción o fomento* de la mediación, lo que significa una apuesta por el desarrollo de esta metodología desde instancias públicas y, singularmente, comunitarias.

La segunda inclusión, entre los objetivos, es la instauración de una relación *equilibrada* entre mediación y proceso judicial, es decir, que el interés de la Directiva no es tanto la mediación global, sino la relación de la misma con el proceso judicial”²³⁹.

Sin embargo, no es objetivo de la Propuesta intentar regular o armonizar las legislaciones de los Estados miembros, sino simplemente animar a los mismos de esta forma para que adopten una regulación tendente a la formación de los mediadores y normas de conducta para garantizar la calidad de la mediación con un criterio uniforme en toda la Unión.

judicial, en particular cuando una de las partes resida en un Estado miembro distinto al del órgano jurisdiccional”.

²³⁸ En el mismo sentido, SOLETO MUÑOZ apunta que “la propuesta de Directiva pretende establecer cuatro reglas: promover una estructura para permitir la calidad y mejora de la mediación, permitir la ejecutabilidad de acuerdos resultado de la mediación, proteger la confidencialidad de la mediación y otorgar efectos suspensivos a la mediación en relación con los plazos de prescripción”. SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación en la Unión Europea”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág.188. Vid. Igualmente, GIL NIEVAS, R., “La Directiva de mediación en la Comunidad Europea”, en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos alternativos de solución de...*, op. cit., págs. 37-57.

²³⁹ ORTUÑO MUÑOZ, P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de...”, op. cit., pág. 55.

3.2.4 La Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles

Después de distintos trabajos y deliberaciones sobre la Propuesta, finalmente, el 24 de mayo de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la *Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*²⁴⁰, como nuevo marco en materia de mediación a utilizar por los países de la Unión en conflictos de carácter transfronterizo, estableciéndose como fecha de transposición de la misma a los ordenamientos internos de los distintos Estados miembros el día 21 de mayo de 2011.

La Directiva plantea por primera vez el establecimiento de una legislación marco en mediación para todos los Estados miembros de la Unión, intentando crear un espacio judicial común, en el que con máximo respeto a la legislación nacional de cada uno de ellos, se implante y fomente la mediación como sistema complementario de resolución de conflictos, garantizando a las partes que opten por dicho mecanismo un marco jurídico predecible común en toda la Unión Europea, dotándole de seguridad jurídica a nivel internacional.

La Directiva, en principio, sólo está concebida para su aplicación a los litigios de carácter transfronterizo, si bien insta a todos los Estados miembros a que apliquen las disposiciones establecidas en la misma a los procedimientos de mediación de carácter nacional.

El objetivo de la Directiva es, básicamente, facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos, promover el uso de la mediación, así como la formación inicial y continua de los mediadores y organizaciones especializadas, y asegurar una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial.

Tal y como se establece en el Considerando (7) de la Directiva, la finalidad de la misma es promover el uso más frecuente de la mediación y garantizar que las partes que recurran a ella puedan contar con espacio jurídico predecible, por lo que es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los

²⁴⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:ES:PDF>.

aspectos fundamentales del procedimiento civil.

Se configura como una norma de mínimos que permite que sean los propios Estados los que decidan el modelo de mediación que pretenden utilizar en su respectivo territorio y los requisitos que han de reunir las personas o instituciones encargadas de llevar a cabo la misma.

La Directiva no pretende unificar las normativas al respecto de los Estados miembros, lo cual por otra parte resulta lógicamente imposible, sino establecer unos parámetros mínimos comunes y a tal fin insta a los Estados:

- A promover la formación de sus mediadores y a garantizar una mediación de calidad.
- A facultar a sus jueces para que deriven a mediación aquellos asuntos que entiendan pueden ser susceptibles de acuerdo entre las partes.
- A dotar de los medios necesarios que garanticen la eficacia jurídica y ejecutividad de los acuerdos logrados en mediación.
- A garantizar la confidencialidad de todas las informaciones vertidas durante el proceso de mediación.
- A salvaguardar el derecho de acceso a los tribunales a las partes que no hayan conseguido alcanzar ningún tipo de acuerdo en mediación, estableciendo las medidas necesarias en orden a interrumpir o suspender los plazos de caducidad y prescripción para el ejercicio de acciones judiciales.

Por lo que respecta al ámbito objetivo, la Directiva abarca los conflictos civiles y mercantiles de carácter transfronterizo, es decir aquellos en los que, en la fecha en que voluntariamente convinieron acudir a mediación o fueron derivados por un órgano jurisdiccional, al menos una de las partes se encuentra domiciliada en un Estado miembro distinto del de las demás.

Aunque en un principio la Directiva está concebida para su utilización en litigios de carácter transfronterizo, nada debe impedir que los Estados miembros apliquen sus disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional, de hecho crea un marco de referencia que trata de animar a los Estados a regular

procedimientos nacionales de mediación siguiendo los criterios de la propia Directiva, lo cual han venido siguiendo todos los Estados que han incorporado la misma a su ordenamiento interno, si bien cada cual atendiendo también a sus específicas peculiaridades.

En cuanto a la naturaleza y alcance de la Directiva, se establece como objetivo de la misma en el art. 1.1 “facilitar el acceso a modalidades alternativas de resolución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial”.

Al respecto de este equilibrio entre mediación y proceso judicial, se pregunta MARTÍN DIZ si “¿quiere con esto decir el legislador comunitario que debe tenderse, progresivamente, a que mediación y proceso judicial tengan la misma importancia?, ¿se refiere, en otro caso, a que estadísticamente en el futuro el número de asuntos tramitados sea más o menos equilibrado entre una y otra forma de resolución de conflictos?”²⁴¹.

Es cierto que dicha expresión final del art. 1 puede suscitar alguna duda e inducir a equívocos, pero entiendo que la intención del legislador no es equiparar cuantitativa, ni cualitativamente, a la mediación con el proceso judicial, sino asegurar su pacífica coexistencia, promocionando el uso de la mediación para los supuestos en los que resulte más indicada, pero sin por ello menoscabar en ningún caso la vía del procedimiento judicial para aquellos asuntos que así lo requieran.

La Directiva es de aplicación a todos los litigios civiles y mercantiles de carácter transfronterizo, salvo, tal y como se establece en el art. 1.2, a “aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el

²⁴¹ Para el citado autor, “la respuesta a los interrogantes planteados debe ser negativa. Ni una cosa, ni la otra. El supuesto *equilibrio* entre una y otra vía de solución de conflictos sólo lo puede ofrecer la iniciativa libre de los ciudadanos a la hora de decantarse por una u otra opción, de forma voluntaria y sin que en ningún momento exista norma legal alguna que pueda obligar a optar por una u otra obligatoriamente, especialmente si se impone la mediación, por la peligrosidad, rayana con la lesión grave, que para el derecho a la tutela judicial efectiva tendría una disposición de estas características”. MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., pág. 289.

ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*)”.

Tampoco es de aplicación a las negociaciones precontractuales, ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional, como la conciliación, ni a las reclamaciones de consumo, ni a otros procedimientos alternativos como el arbitraje u otros que formulen recomendaciones formales, vinculantes o no, sobre la forma en que haya de resolverse el litigio.

La mediación se configura como un método al que las partes pueden acudir de forma voluntaria, si bien la Directiva abre la posibilidad a los Estados miembros de que puedan sugerir la utilización de la misma a las partes e incluso obligarlas a intentar la misma, siempre y cuando dicho intento no vulnere el derecho de acceso a los tribunales²⁴².

Se establecen en el articulado de la Directiva garantías para el sometimiento a mediación a fin de que ésta se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión e igualmente con independencia de que la tramitación a seguir preserve la flexibilidad del procedimiento de mediación y la autonomía de las partes. También trata de asegurar la calidad de la mediación, previendo la formación inicial y continua de los mediadores y promocionando la elaboración y adhesión a códigos de conducta voluntarios, como el Código Europeo de Conducta para Mediadores.

No entra, pues, la Directiva a regular cuestiones concretas como la duración máxima del proceso de mediación, el coste de la misma, la formación que ha de tener el mediador o su régimen de responsabilidad, delegando en los diferentes Estados miembros la responsabilidad sobre estas cuestiones.

²⁴² Así en el Considerando 13 de la Directiva se establece: “La mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento. No obstante, el Derecho nacional debe dar a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de establecer límites temporales al procedimiento de mediación; por otra parte, también deben poder señalar a las partes la posibilidad de la mediación, cuando resulte oportuno”. Y, por su parte, en el mismo sentido, el Considerando 14: “Nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial. Tampoco afectará nada de lo dispuesto en la presente Directiva a los sistemas de mediación autorreguladores vigentes, en la medida en que se ocupen de aspectos que no estén cubiertos por la presente Directiva”.

Uno de los asuntos importantes en los que incide la Directiva es la ejecución de los acuerdos derivados de un proceso de mediación. Como sostiene BELLOSO MARTÍN “la importancia de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos en cualquier ordenamiento nacional está en relación directa con la eficacia que este ordenamiento reconozca al acuerdo alcanzado por las partes con la intervención del mediador”²⁴³.

Así, en el preámbulo de la Directiva se establece que los Estados miembros deben asegurar que las partes puedan dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación, salvo que dicho acuerdo sea contrario a su legislación o que ésta específicamente disponga su no ejecutividad. Sin embargo, si los Estados ya tienen regulada dicha materia en su propio ordenamiento interno, la Directiva no afectará a dicha normativa, según se dispone en el Considerando 22.

En relación con dicha fuerza ejecutiva, se impone establecer un procedimiento al respecto con intervención de un órgano judicial o de una autoridad pública, además de asegurar el reconocimiento mutuo y ejecución de dichos acuerdos en todo el territorio de la Unión Europea en las mismas condiciones que si de una resolución judicial se tratase²⁴⁴.

Tal y como apunta ROBLES LATORRE, “se deduce de ello que el acuerdo de mediación, *per se*, no es ejecutivo, sino que a lo que obliga la Directiva es que los Estados establezcan mecanismos de homologación de los acuerdos que podrán ser utilizados por las partes para que el título alcance efecto ejecutivo. Quien sea la autoridad competente para otorgar carácter ejecutivo al acuerdo, cuál sea el

²⁴³ BELLOSO MARTÍN, N., “Un paso más hacia la desjudicialización...”, op. cit., págs. 11-12.

²⁴⁴ Así, en el Considerando 20 se establece que “El contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación comunitaria o nacional aplicable, por ejemplo sobre la base del Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, o del Reglamento (CE) no 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”.

criterio y los límites sobre los que fijar la homologación son cuestiones que podrán y deberán fijarse o matizarse en la transposición de la Directiva”²⁴⁵.

También la Directiva presta atención a otras cuestiones relevantes como la problemática que implica el inicio de un proceso de mediación con respecto a los plazos de prescripción o caducidad para el ejercicio de acciones judiciales, previendo en este sentido la suspensión o interrupción de los mismos, lo cual es totalmente lógico o adecuado para garantizar la confianza en la utilización de la mediación, ya que las partes podrían encontrarse con que, tras acudir a un proceso de mediación y fracasar el intento de acuerdo, pudieran tener vedado el acceso a los Tribunales porque el plazo para el ejercicio de sus acciones se hubiera extinguido por el transcurso del tiempo²⁴⁶.

Respecto de la confidencialidad, se establece que los Estados habrán de garantizar la misma a fin de que no puedan presentarse en un ulterior proceso judicial pruebas obtenidas a través del procedimiento de mediación y que tampoco los mediadores o cualquier otra persona que haya intervenido en dicho procedimiento puedan ser llamados a declarar en relación con la información obtenida durante el mismo, con determinadas y concretas excepciones que hacen referencia a razones imperiosas de orden público, cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad de alguna persona, o cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesario para la ejecución del mismo²⁴⁷.

²⁴⁵ ROBLES LATORRE, P., “Apuntes sobre la Directiva de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre 2008, pág. 105.

²⁴⁶ Señala ROBLES LATORRE que “un elemento fundamental de la mediación es la confianza. Y esta confianza será difícil de alcanzar si las partes que realizan la mediación sienten que el intento de arreglo extrajudicial del litigio repercute directamente en una posible solución judicial. La tutela judicial es un derecho básico en cualquier Estado de Derecho y la puesta en peligro de la utilización de dicha tutela genera desconfianza. Por ello, la paralización de los plazos de prescripción y caducidad durante el proceso de mediación es una medida básica para que el proceso tenga éxito”. ROBLES LATORRE, P., “Apuntes sobre la Directiva de mediación...”, op. cit. pág.107. Igualmente, ORTUÑO y HERNÁNDEZ apuntan que “respecto a la suspensión de la prescripción y la caducidad, no presenta grandes discrepancias buscar una fórmula para que quien acuda a un proceso de mediación, en el que no se alcance un acuerdo posteriormente, no vea perjudicados sus derechos sustantivos o procesales. Si acaso, es la conjunción de las diversas, que no divergentes, legislaciones nacionales la que presenta alguna dificultad técnica”. ORTUÑO MUÑOZ, P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de...”, op. cit., pág. 57.

²⁴⁷ En este sentido ya el Libro Verde establecía que “la confidencialidad constituye una condición *sine qua non* para el buen funcionamiento de las ADR, porque contribuye a garantizar la franqueza de

Según lo dispuesto en el art. 12 de la Directiva, los Estados miembros tendrían que haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la misma antes del 21 de mayo de 2011.

Sin embargo no todos los Estados cumplieron con dicho plazo por lo que la Comisión se vio obligada a abrir expediente a España y a otros ocho Estados Miembros (República Checa, Francia, Chipre, Luxemburgo, Países Bajos, Finlandia, Eslovaquia y Reino Unido) por no haber notificado las medidas nacionales acordadas para la transposición de la Directiva.

La carta de emplazamiento que el Ejecutivo comunitario remitió a los nueve países daba un plazo de dos meses para que los Gobiernos respectivos remitiesen a Bruselas las explicaciones que reclamaba. Si la información no era remitida o no satisfacía a la Comisión, ésta podría iniciar la segunda fase del procedimiento de infracción para exigir cambios concretos a las autoridades.

El día 24 de noviembre de 2011, la Comisión inició un expediente a España por su retraso en la aplicación del mandato recibido y finalmente el 5 de marzo de 2012 fue aprobado el *Real decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, que incorporaba la Directiva al ordenamiento interno

las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento. Además, conviene impedir que se desvíe a las ADR de sus objetivos y permitir que la parte que hubiere aportado un documento o una prueba durante el procedimiento pueda utilizarlos durante el proceso que pudiese desarrollarse a continuación si fracasa el procedimiento de ADR. La confidencialidad se impone tanto a las partes como a los terceros.”. Vid. Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 19 de abril de 2002, COM (2002) 196 final. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0196es01.pdf. Por su parte, ORTUÑO y HERNÁNDEZ señalan al respecto que “el carácter confidencial, en relación con el principio de publicidad que caracteriza el proceso judicial, es una de las piezas esenciales de la metodología de la mediación. Se propicia que las partes en conflicto colaboren entre sí para buscar la solución más razonable y la mejor ajustada y conveniente a las circunstancias que concurren. Más la presencia de otro de los principios esenciales, el de la voluntariedad, puede determinar que el proceso de mediación quede interrumpido sin que se haya alcanzado un acuerdo, y que cualquiera de las partes pueda activar la vía judicial. En este caso, la eventualidad de que se utilice ante los tribunales la información obtenida en el ámbito de lo confidencial implica la desactivación de la característica esencial del sistema de mediación. Ninguna persona expondría todas sus cartas ante el adversario si tuviera el temor de que posteriormente van a ser utilizadas en contra de él. En consecuencia, y para reforzar el carácter confidencial, es necesario establecer con absoluta claridad que el mediador no podrá ser llamado ante los tribunales en calidad de testigo ni como perito y que las partes no podrán utilizar la información obtenida en un ulterior proceso judicial contradictorio”. ORTUÑO MUÑOZ, P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de...”, op. cit., pág. 57.

español²⁴⁸.

Tampoco cumplieron, y en consecuencia recibieron los correspondientes dictámenes motivados de Bruselas, Chipre, República Checa, Francia, Luxemburgo y Países Bajos²⁴⁹.

En el *Informe, de 15 de julio de 2011, acerca de la aplicación de la Directiva sobre mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales (2011/2026(INI))*²⁵⁰, de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, se eleva una Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo que recoge una serie de interesantes observaciones acerca del impacto de la Directiva, señalándose que, mientras algunos países están utilizando diversos enfoques normativos y otros se encuentran un poco retrasados, lo cierto es que la mayoría de los Estados miembros no sólo han dado buen cumplimiento de la Directiva, sino que en realidad superan los requisitos de la misma.

Entre dichas observaciones, destaca que algunos Estados miembros hayan optado por ir más allá de los requisitos básicos de la Directiva en dos ámbitos, que son los incentivos financieros para la participación en la mediación y las condiciones para la obligatoriedad del intento de la misma, apuntándose que estas iniciativas estatales contribuyen a solucionar de manera más eficiente las disputas y reducir la carga de trabajo de los juzgados.

Tal y como se pone de manifiesto en el citado informe, a pesar de la polémica suscitada entre algunos colectivos, fundamentalmente abogados y jueces, los Estados miembros cuya legislación nacional va más allá de los requisitos básicos de la Directiva sobre la mediación parecen haber logrado resultados importantes en la promoción del tratamiento no judicial de los conflictos en materia civil y mercantil.

A pesar de estos logros, se reseña que es necesario aumentar la sensibilización y el

²⁴⁸ BOE, Núm. 56, de 6 de marzo de 2012.

²⁴⁹ Vid. JIMÉNEZ, D. y FRANCO, O., "La mediación en España: retraso en la transposición de la directiva de mediación", *Derecho y Noticias Jurídicas*, 27-09-2011, disponible en: <http://www.diariojuridico.com>. Véase también, La Ley 9990/2011, *Diario de Noticias*, 22 de julio de 2011 y La Ley 13336/2011, *Diario de Noticias*, 24 de noviembre de 2011.

²⁵⁰ Texto disponible en: <http://www.europarl.europa.eu-sides-getDoc.pdf>.

entendimiento en torno a la mediación. Se solicita de los Estados que adopten más medidas en relación con la educación, la creciente sensibilización y el aumento de la aceptación de la mediación por parte de las empresas, considerando que debe alentarse a las autoridades nacionales para que desarrollen programas dirigidos a fomentar los conocimientos adecuados sobre la resolución alternativa de litigios. Estos programas deberán resaltar las principales ventajas de la mediación, como son el ahorro de costes, la rapidez de su tramitación o el alto índice de éxito en el cumplimiento de sus acuerdos, y habrán de dirigirse a abogados, notarios y empresarios, en particular de pequeñas y medianas empresas, así como al mundo universitario.

Respecto de los requisitos para acceder a la profesión de mediador, se reconoce la importancia de establecer normas comunes para acceder a la profesión de mediador con objeto de fomentar una mejor calidad de la mediación y de garantizar un nivel elevado de formación profesional y de certificaciones en toda la Unión²⁵¹.

3.2.5 Otras normas europeas sobre ADR

En el *Reglamento (CE) 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*, se establece que las autoridades centrales de los Estados miembros habrán de cooperar a fin de favorecer la resolución de los conflictos entre los titulares de la responsabilidad parental por medios alternativos, como la mediación.

²⁵¹ En este sentido, apunta ORTIZ PRADILLO que “aunque los Estados miembros gozan de un amplio margen a la hora de regular la figura del mediador, en todo caso deberán asegurarse de que posea la formación y la competencia necesarias para llevar a cabo con éxito la mediación, esté capacitado y actualice de forma continuada sus competencias y conocimientos, teniendo en cuenta en su caso la normativa existente sobre acreditación, a la vez que se le impone el deber ético de realizar una autoevaluación de sus límites y competencias antes de aceptar la designación como mediador: deberá informar a las partes acerca de su formación y experiencia, pues la mediación también se caracteriza por el hecho de que las partes pueden escoger al mediador precisamente por su experiencia en una determinada materia o ámbito, así como también deberá examinar la aplicabilidad o no de la mediación al caso que se le presente, y si estimara que no está suficientemente cualificado para la mediación propuesta, puede rechazar el caso, buscar el asesoramiento de expertos o colaboradores, o reenviar a las partes a otros profesionales”. ORTIZ PRADILLO, J.C., “La mediación en la Unión Europea: la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de...*, op. cit., pág. 66.

En cuanto a los conflictos de consumo, la Comisión ha superado en algunos ámbitos el mero estímulo para establecer modalidades alternativas de solución de conflictos y se ha esforzado en promover su calidad y eficacia en dichos conflictos, habiéndolo plasmado en distintos textos normativos²⁵².

Se ha procurado distinguir entre dos grandes categorías de modalidades alternativas de solución de conflictos a las cuales los consumidores pueden recurrir para solucionar sus problemas con los comerciantes. Por un lado estarían aquellos métodos en los que el tercero ayuda a las partes en conflicto a buscar un acuerdo, pero sin pronunciarse en ningún caso sobre las posibles soluciones. Y, por otro lado, estarían aquellas modalidades en las que el tercero va a ofrecer una solución a las partes.

Además, la Comisión ha contribuido a crear dos redes europeas de organismos judiciales, cuyo objetivo común consiste en facilitar el acceso de los consumidores a procedimientos extrajudiciales para la solución de litigios transfronterizos, cuando el comerciante esté establecido en un Estado miembro distinto del de la residencia del consumidor²⁵³.

Estas dos redes persiguen el mismo objetivo pero no funcionan de la misma manera:

- *La red extrajudicial europea, «Red CEE», es una estructura de asistencia e información a los consumidores, consistente en puntos de contacto*

²⁵² Entre dichos textos se podrían destacar: *Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 1998 sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo*. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0010:ES:NOT> 98/257/CE: *Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998H0257:ES:NOT> *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (Directiva sobre el comercio electrónico). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:ES:NOT> *Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo*. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001H0310:ES:NOT> *Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas* (Directiva marco). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0021:ES:NOT>

²⁵³ Vid. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_es.htm

nacionales, establecidos en cada Estado miembro, así como en Noruega e Islandia. Cada punto de contacto sirve de enlace de información con los 400 órganos que los Estados miembros consideraron que se ajustan a las exigencias de las dos recomendaciones de la Comisión relativas a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios relacionados con el consumo.

- *La red para la solución extrajudicial de litigios en el sector de los servicios financieros.* Por Acuerdo de 7 de mayo de 2001, la Comisión propuso la creación de la red FIN-NET que conecta la treintena de órganos nacionales competentes para la solución extrajudicial de los conflictos en este sector que responden a las exigencias de la primera Recomendación de la Comisión. Esta red permite a los consumidores enfrentados a un problema en el sector de los servicios financieros (bancos, seguros, inversiones) acceder directamente a un medio de solución extrajudicial de litigios.

En paralelo a todos estos trabajos de carácter casi normativo, la Unión Europea aporta un apoyo de carácter financiero a algunas iniciativas, en particular en el ámbito de la solución de los conflictos de consumo en línea. La Comisión participó económicamente, en este sentido, en el lanzamiento del proyecto ECODIR (*Electronic Consumer Dispute Resolution Platform*), plataforma electrónica para la solución de conflictos.

Finalmente, el 18 de junio de 2013 se publicó la *Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo* y el *Reglamento (UE) 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo*, cerrando el largo proceso de modernización de la Unión Europea en este sector.

La Directiva establece un marco básico de aplicación con respecto a las entidades y los procedimientos de resolución de litigios en materia de consumo y su contenido se centra esencialmente en el establecimiento de los requisitos que deben cumplir las entidades de resolución alternativa de conflictos; el acceso de los consumidores a tales entidades; las condiciones que deben reunir las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de litigios (profesionalidad, independencia e imparcialidad); las obligaciones de transparencia de dichas entidades; la eficacia

de los diversos tipos de procedimientos; el régimen jurídico aplicable a tales procedimientos; la información y asistencia a los consumidores en este ámbito; la cooperación entre entidades de resolución de conflictos y entre éstas y las autoridades nacionales competentes, así como las funciones de dichas autoridades.

Por su parte, el Reglamento complementa a la Directiva y básicamente se limita a crear una plataforma de resolución de litigios en línea en el ámbito de la Unión, facilitando un cauce de resolución extrajudicial de litigios entre consumidores y comerciantes.

Respecto de los conflictos laborales, la UE ha mostrado también su preferencia por los mecanismos alternativos de solución de conflictos y, en particular, por la mediación, destacando en este sentido las *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken, de diciembre de 2001*.

4.- LOS PRINCIPALES MECANISMOS AUTOCOMPOSITIVOS DE GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Además de las clásicas vías heterocompositivas de resolución de conflictos, arbitraje y proceso judicial, existen múltiples métodos o mecanismos autocompositivos de gestión y resolución de conflictos.

Las partes por sí mismas pueden intentar la solución, o bien pueden hacerse valer de la intervención de un tercero que las ayude a tal fin. En función, precisamente, del papel que asuma el tercero, también podremos hablar de distintas formas de autocomposición. Las más conocidas son la negociación, la conciliación y la mediación²⁵⁴.

A continuación, voy a comentar dichas vías autocompositivas de resolución de conflictos, incluyendo la mediación, aunque ésta obviamente será desarrollada con

²⁵⁴ Para VALL RIUS, “estos sistemas presentan unos principios de base común, pero adoptan fórmulas de aplicación diferente. Si estas figuras singulares, flexibles por naturaleza, se combinan entre sí, bajo criterios lógicos y de eficiencia, pueden dar lugar a nuevas fórmulas que permitan una mayor optimización de estos sistemas y la búsqueda de una respuesta más adecuada a la creciente diversidad de necesidades, situaciones y vivencias de las personas y de las comunidades. En definitiva, se trata de nuevas posibilidades, de nuevos caminos para explorar dentro del ámbito y la cultura del tratamiento constructivo de los conflictos”. VALL RIUS, A., “Sistemas mixtos de gestión colaborativa de conflictos”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit., pág. 261.

mayor detalle con posterioridad al constituir el objeto principal del presente estudio.

4.1 NEGOCIACIÓN

Como pone de manifiesto SOLETO MUÑOZ, “el conflicto es consustancial a la vida misma, así como también lo es la cooperación; la sociedad se sustenta en la cooperación general de los ciudadanos, estableciéndose normas de diferentes categorías para garantizar el cumplimiento y el castigo de los no cooperadores en la convivencia”²⁵⁵.

Podríamos hablar de la negociación como la forma más básica y simple de resolución de conflictos, a través de la cual las partes por sí mismas, o a través de sus representantes legales, intentan hablar de sus diferencias y de las posibles soluciones a las mismas²⁵⁶.

Tal y como señalan FISHER, URY y PATTON, “la negociación es una realidad de la vida. (...) Cada vez hay más ocasiones que requieren una negociación ya que el conflicto es una industria en desarrollo. Todo el mundo quiere participar en las decisiones que le afectan y, por el contrario, cada vez son menos las personas que pueden llegar a aceptar decisiones que han sido tomadas por otros. La gente es diferente y utiliza la negociación para manejar estas diferencias. Ya sea en los negocios, el gobierno o la familia, la gente llega a la mayoría de decisiones a través de la negociación. Incluso cuando acuden a los tribunales, casi siempre, negocian un acuerdo antes del juicio”²⁵⁷.

²⁵⁵ SOLETO MUÑOZ, H., “Negociación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit. pág. 157.

²⁵⁶ Como apunta VECINA CIFUENTES, el punto de partida es el conflicto, “cuando una persona está satisfecha con su actual situación personal, familiar, laboral, económica, etc., y, por tanto no pretende nada más de lo que ya tiene o puede conseguir por sí sola, es lógico que esa persona ni quiera negociar, ni se pueda negociar con ella. Sólo cuando dos personas o grupos pretenden conseguir un resultado más satisfactorio del que podrían conseguir por sí solos y, además, para conseguirlo se necesitan mutuamente, están en una situación conflictiva propicia, por su interdependencia estratégica, a la negociación.” VECINA CIFUENTES, J., “Estrategias ante el conflicto: ¿negociar o litigar?”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de...*, op. cit., pág. 289.

²⁵⁷ FISHER, R., URY, W. y PATTON, B., *Obtenga el sí*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1996, págs. 15-16. En el mismo sentido, COSTA GARCÍA, GALEOTE MUÑOZ y SEGURA GÁLVEZ señalan que “casi todas las actividades de la vida del ser humano en sociedad implican alguna forma de negociación, alguna forma de tratar los desacuerdos y las diferencias, alguna forma de resolver,

BANDIERI define la negociación como “un proceso, al cual se vuelcan voluntariamente las partes en conflicto para intentar obtener sus objetivos, en un intercambio mutuo de pareceres y propuestas, mediante la búsqueda de un acuerdo con el otro, deponiendo momentáneamente la hostilidad”²⁵⁸.

Para que la negociación sea posible, sostiene el referido autor, han de darse una serie de presupuestos, cuales son el reconocimiento de un conflicto por ambas partes, la existencia de deseos e intereses opuestos, pero también la concurrencia de deseos e intereses comunes y que las mismas estén dispuestas a alcanzar algún grado de composición del conflicto, ya sea en el fondo o en la forma de afrontar éste.

Se podría entender que la negociación es un primer estadio en el intento de resolución del conflicto que, en ocasiones, puede llevar incluso a evitar la aparición del mismo²⁵⁹.

Si el conflicto ya existe, la negociación es necesaria para provocar el intercambio de pareceres entre las partes o entre sus representantes. En ambos casos, como apunta NUÑEZ OJEDA, “se requiere, para que estemos frente a una verdadera negociación, la existencia de un mínimo de intereses comunes o complementarios entre los adversarios, la existencia de una motivación por ambas partes para llegar a un acuerdo, así como la existencia de un equilibrio de fuerzas, es decir que no sean demasiado desiguales”²⁶⁰.

Respecto al ámbito de los conflictos donde la negociación puede resultar más efectiva, sostiene BARONA VILAR que “allá donde el Derecho haga disponibles sus

para beneficio mutuo o colectivo, los intereses en conflicto”. COSTA GARCÍA, M., GALEOTE MUÑOZ, M.P. y SEGURA GÁLVEZ, M., *Negociar para con-vencer. Método, creatividad y persuasión en los negocios*, McGraw-Hill, Madrid, 2004, pág. 1.

²⁵⁸ BANDIERI, L.M., “La Negociación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M., *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág. 114.

²⁵⁹ Según HOYO SIERRA, “la negociación es un procedimiento empleado profusamente por los comerciantes y las personas con sentido común, pues de hecho requiere una actitud simplemente pragmática en la que ponderando lo que se pierde por hacer perdurar el conflicto, se opta por ceder y buscar la manera de que ceda la otra”. HOYO SIERRA, I.A., “La idoneidad de los métodos alternativos de solución de conflictos”, en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos...*, op. cit., pág. 358.

²⁶⁰ NUÑEZ OJEDA, R., *Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2009, pág. 25.

contenidos y, sobre todo, deje a la disponibilidad de las partes la búsqueda y exigencia de una tutela y protección concretas, especialmente significativo en el derecho privado, la negociación como medio alternativo a la misma aparición del conflicto o como técnica postconflictual emerge con mucha mayor significación – máxime si se incardina como una manifestación más del art. 33 de la CE – que donde jueguen intereses públicos, indisponibles y forzosamente defendidos por los representantes del Estado”²⁶¹.

Para SOLETO MUÑOZ, “cuando nos referimos a la negociación, forma de resolución de conflictos en la que las partes interesadas llegan a su solución por sí mismas a través del diálogo, normalmente se piensa en la negociación distributiva, el mercadeo o regateo”²⁶².

Efectivamente, cuando hablamos de negociación en nuestro país, solemos referirnos a la negociación distributiva que se basa en que las partes defienden sus posiciones iniciales, sin entrar a valorar otros elementos, con el fin de obtener el mejor resultado posible a título individual, sin tener en cuenta los intereses y necesidades de la otra parte.

Frente a esta forma de negociar existe otra forma de negociación, la negociación integradora, que supone la base de un buen número de mecanismos alternativos de resolución de conflictos y se sustenta en la idea de la cooperación y de la satisfacción de los intereses de las partes a fin de que todas obtengan el máximo beneficio posible²⁶³.

En este sentido, para COSTA GARCÍA, GALEOTE MUÑOZ y SEGURA GÁLVEZ, la negociación es “un proceso de interacción en el que las partes involucradas, conjugando mecanismos de influencia y persuasión, persiguen alcanzar un acuerdo adecuado que satisfaga de forma equitativa sus respectivos intereses”²⁶⁴.

²⁶¹ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos...*, op. cit., pág. 175.

²⁶² SOLETO MUÑOZ, H., “Negociación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit. pág. 157.

²⁶³ *Ibíd.*, págs. 157-158.

²⁶⁴ COSTA GARCÍA, M., GALEOTE MUÑOZ, M.P. y SEGURA GÁLVEZ, M., *Negociar para con-vencer...*, op. cit., pág. 13.

Esta forma de negociar integradora o basada en intereses tiene su origen en Estados Unidos, donde la negociación, es una técnica ampliamente utilizada en la resolución de conflictos, fundamentalmente por los abogados que se sirven de la misma para intentar solventar los problemas legales de sus clientes y, de hecho, la práctica la mayoría de disputas civiles, e incluso penales, se resuelven por los mismos a través de esta vía.

Sin embargo, la negociación en Estados Unidos no se reduce a un simple proceso intuitivo, como puede suceder por ejemplo en España donde normalmente los abogados no han recibido formación previa, sino que su estudio comporta el conocimiento de una serie de técnicas y trámites procesales, de normas éticas de responsabilidad profesional, así como del aprendizaje de teorías de consenso, de estrategias de desarrollo y de los obstáculos psicológicos que pueden impedir la toma de decisiones racionales. Además, obviamente, el conocimiento del derecho sustantivo y de las normas procesales es necesario para que el abogado pueda aconsejar a su cliente sobre las ventajas que la negociación puede ofrecerle en orden a la consecución de sus objetivos en función del asunto en concreto.

Según las *Model Rules of Professional Conduct*, aprobadas por la ABA, *American Bar Association*²⁶⁵, el abogado debe trabajar en íntima colaboración con su cliente, manteniéndole informado en todo momento del transcurso de las negociaciones para que éste pueda adoptar decisiones responsables en orden a la solución de su conflicto, por lo que el trabajo del abogado ha de estar orientado hacia la satisfacción de las metas de su cliente, correspondiendo a éste en último caso adoptar la decisión de llegar a un acuerdo o no.

La negociación legal estructurada se distingue precisamente de la mera discusión o regateo sobre asuntos determinados en la ética a la que están sujetos los abogados en ejercicio de su profesión, aspecto recogido expresamente en las citadas *Model Rules of Professional Conduct* y que en España, pese a que es proclamado en teoría por la mayoría de los abogados, en la práctica se echa ciertamente en falta.

²⁶⁵http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents.html.

En Estados Unidos, en general, existe una política de impulso de los acuerdos negociados, tanto por parte del Poder Legislativo como del Judicial. Así, por ejemplo, en la *Rule 16* de las *Federal Rules of Civil Procedure*²⁶⁶, se permite a los jueces celebrar, antes del juicio, actos tendentes a posibilitar un acuerdo consensuado entre las partes, de forma similar a la facultad conferida a los jueces españoles en el acto de la Audiencia Previa, con la diferencia de que en Estados Unidos muchos jueces hacen uso de tal facultad, toda vez que les permite ejercer un control previo del conflicto antes del litigio, mientras que en España el conflicto ya se encuentra procesalizado con las dificultades que conlleva convencer a las partes y a sus abogados de las ventajas de llegar a una solución negociada.

En la *Rule 68*, con el fin de impulsar, o en este caso incluso forzar la negociación entre las partes, se establece también un supuesto que ha sido objeto de controversia y es la posibilidad que se ofrece al demandado de realizar una propuesta de acuerdo que puede ser aceptada o rechazada por el demandante, pero si es rechazada por éste y la sentencia que dicte el juez es menos favorable para él que la propuesta efectuada por el demandado, vendrá obligado a abonar las costas del juicio. En España, en la práctica los jueces podrían apreciar dichas circunstancias para proceder a la imposición de costas por haber litigado con temeridad, a tenor de lo dispuesto en el art. 394 LEC.

4.2 CONCILIACIÓN

La conciliación, como método autónomo de resolución de conflictos, es un acto mediante el que un tercero neutral ayuda a dos o más partes a intentar buscar una solución negociada a la disputa que les enfrenta.

La conciliación, por tanto, al igual que la negociación, tiene su fundamento en la voluntad de las partes de dialogar entre ellas por muy alejadas que se encuentren en un principio sus respectivas posiciones respecto del conflicto, por lo que las personas que acuden a conciliación han de hacerlo de modo voluntario y con una actitud abierta y receptiva, sólo de esta forma podrá darse el marco adecuado para que las partes puedan alcanzar soluciones que satisfagan los intereses de ambas.

²⁶⁶<http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Civil%20Procedure.pdf>.

En muchas ocasiones se suele confundir a la conciliación con la mediación, dada la finalidad de ambos métodos de resolución de conflictos y el papel que desempeña el tercero interviniente en el proceso.

En determinados países, sobre todo latinoamericanos, se habla indistintamente de mediación y conciliación. También en la ley modelo de UNCITRAL se hace referencia a la ley de conciliación refiriéndose a lo que entendemos en la UE por mediación. En ocasiones, la preexistencia de procesos de conciliación ha llevado a incluir en los mismos a la mediación, desnaturalizándola al aplicarle determinadas previsiones preexistentes propias de la conciliación. En otros países la mediación se concibe como un procedimiento independiente, pero integrado en una iniciativa de conciliación, la cual, a su vez, es una etapa obligatoria previa para la interposición judicial de asuntos civiles. El resultado general que se aprecia en estas legislaciones es un fenómeno de yuxtaposición y confusión.

Las diferencias entre la conciliación y la mediación son bastante difusas, toda vez que la finalidad de ambas vías es la misma, la composición pacífica del conflicto, y el papel del tercero neutral es similar, pues no es otro que el de intentar ayudar a las partes a conseguir un acuerdo.

4.2.1 Aproximaciones doctrinales a la distinción entre conciliación y mediación

Existen múltiples opiniones doctrinales al respecto. Así, por ejemplo para SOLETO MUÑOZ, “se podría distinguir mediación de conciliación en cuanto que la mediación es un procedimiento en el que el mediador utiliza determinadas técnicas y sigue unas reglas, y la conciliación es la ocasión en la que las partes pueden llegar a un acuerdo, sin embargo no entiendo que sea posible realizar una distinción jurídica absoluta, ni en el sistema español, ni en general en el derecho comparado”²⁶⁷.

MORENO CATENA, considera que “la distinción entre conciliación y mediación no es evidente, ambas figuras se confunden en distintas legislaciones y doctrina, sin embargo en los últimos tiempos se observa una mayor definición de la mediación,

²⁶⁷ Vid. SOLETO MUÑOZ, H., “La Mediación vinculada a los Tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit. pág. 249.

al identificarse con un tipo de autocomposición en el que el tercero mediador tiene una formación específica y utiliza determinadas técnicas. La conciliación quedaría entonces en el campo genérico de la resolución amigable o autocompositiva, así como en aquellos casos en los que la ley prevea el acceso a un acto en el que se procure el acuerdo de las partes”²⁶⁸.

Apunta también MORENO CATENA, que “la intervención puede consistir bien en intentar aproximar las posturas de los contendientes y que sean ellos quienes obtengan la solución (conciliación), bien en sugerir, proponer o plantear diferentes salidas al conflicto, manejando cualquier posibilidad con el fin de que las partes puedan acoger alguna de ellas (mediación) y, de ese modo poner fin al litigio”²⁶⁹.

Según GIMENO SENDRA, “la distinción radica en el carácter espontáneo de la mediación y en el institucionalizado de la conciliación”²⁷⁰.

BARONA VILAR entiende que “en ambos supuestos se pretende alcanzar una solución no heterocompositiva, que implique la imposición de la misma a los sujetos en conflicto, si bien la participación del tercero difiere en cuanto al grado de intensidad, dado que en la conciliación el tercero pretende que las partes alcancen el acuerdo entre ellas pero no se adoptan medidas persuasivas, integradoras e incluso disuasorias que tiendan a concretar y, en su caso, posibilitar una solución de consenso entre ellas; por su parte, la mediación implica la utilización de estas técnicas expuestas y la facultad de persuasión con el fin de proyectar en un procedimiento, en muchos casos más lento, la participación activa de las partes en la búsqueda de la solución que, desde la cesión de intereses contrapuestos, lleve a una posición común que, en todo caso, implique una desaparición, o cuanto menos suavización, de la crispación existente”²⁷¹.

²⁶⁸ MORENO CATENA, V., “La resolución jurídica de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit. pág. 52. En este sentido también, véase GONZÁLEZ CANO, M.I., “Los métodos alternativos de resolución de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág. 135.

²⁶⁹ MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pág. 41.

²⁷⁰ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2000, pág. 19.

²⁷¹ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos...*, op. cit., pág. 81. Incidiendo en este sentido, la citada autora y en la misma obra señala que “la función que desempeña el mediador es la de acercar posiciones incluso con propuesta de acuerdo, mientras que en la conciliación las

ORTUÑO MUÑOZ considera que “la conciliación tiene mucho más que ver con la negociación que con la mediación. En ella es fundamental el punto de partida de que *todos pierden* un poco en aras a la solución consensuada, o de que *se parten las diferencias* en aras a una salida utilitarista y pragmática. En muchos casos, desde luego, el método es aconsejable y eficaz. Pero cuando las partes han de continuar manteniendo relaciones en el futuro, los problemas subsisten porque se dejan sin solucionar. La mediación es muy distinta a la conciliación, pues en ella el punto de partida es el *win/win*, el *ganar/ganar* o el *todos ganan* que contempla un juego infantil, y el tercero que interviene no está revestido de ningún poder ni autoridad entre las partes. Su función es únicamente la de facilitador de la comunicación”²⁷².

Según HINOJOSA SEGOVIA, “la conciliación es el acuerdo de las partes obtenido mediante la intervención de un tercero, que no impone la solución al conflicto pero que sí puede ofrecerla (...) El conciliador no se limita, como el mediador, a aproximar las posiciones de los sujetos en conflicto, sino que puede ofrecer la solución para, de este modo, componer las soluciones opuestas entre sí”²⁷³.

Para ROBLES GARZÓN, “tanto la conciliación como la mediación suponen la participación de un tercero que actuará inter partes, sin capacidad resolutoria alguna. La diferencia entre una y otra figura es que mientras el conciliador solo acerca a las partes, el mediador podrá realizar propuestas de soluciones concretas”²⁷⁴.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, considera que “la mediación es el resultado de haberse desarrollado científicamente y técnicamente la actividad conciliadora. Bajo este punto de vista lo único que caracterizaría a la mediación frente a la conciliación es, en efecto, el rol que desempeña el tercero en uno y otro caso “ y para ello cita a TRINIDAD BERNAL “*la conciliación es una negociación en presencia del conciliador que se encarga de reunir a las partes y proponerles llegar a un acuerdo. A diferencia*

partes se relacionan a través del conciliador, que no hace ningún tipo de propuesta de acercamiento entre las mismas”, véase pág. 188.

²⁷² ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación intrajudicial”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dir.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit., pág. 132.

²⁷³ HINOJOSA SEGOVIA, R. (coord.), *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pág. 91.

²⁷⁴ ROBLES GARZÓN, J.A. (Dir.-Coord.), *Conceptos básicos de Derecho procesal civil*, op. cit., pág.33.

del mediador que diseña el proceso, enseña habilidades a los disputantes y ayuda a que éstos generen alternativas individuales, el conciliador desempeña un papel pasivo". Por tanto para el autor "la conciliación no sería más que una mediación técnicamente subdesarrollada"²⁷⁵.

SERRANO CASTRO señala que "la conciliación se realiza en presencia del conciliador que se encarga de reunir a las partes, proponiéndoles un acuerdo. El mediador, como tercero imparcial, diseña el proceso para que las partes puedan dialogar, enseña habilidades a los disputantes tendentes al intercambio de puntos de vista que puedan conducirles a la consecución de un acuerdo y les ayuda a que generen alternativas individuales, mientras que el conciliador desempeña un papel pasivo. El objetivo primordial de la mediación no es llegar a un acuerdo, sino brindar un proceso en el que las partes puedan resolver sus diferencias y desavenencias para reducir el conflicto, indagando las distintas opciones, partiendo de intereses comunes, que tienen para resolverlo. El llegar a un acuerdo durante el desarrollo del proceso es obviamente positivo, pero tanto el mediador como las partes en conflicto deben considerar que la decisión de no llegar a un acuerdo es una conclusión igualmente válida"²⁷⁶.

Otros autores inciden más en la vinculación de la conciliación a los tribunales, frente a la mayor "libertad" de la mediación.

Así por ejemplo, para WEYRAUCH y FARALL, "técnicamente, desde la óptica del Derecho procesal, la conciliación ocurre en el ámbito judicial, cuando el juez convoca a las partes a una audiencia con el fin de procurar una solución al conflicto planteado y, en caso de llegarse a un acuerdo, éste es homologado judicialmente" mientras que "la mediación es un procedimiento voluntario, no adversarial, confidencial, donde participa un tercero neutral como facilitador de la

²⁷⁵ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., "Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias", en HEREDIA CERVANTES, I., *Medios alternativos de solución de...*, op. cit., pág. 37.

²⁷⁶ SERRANO CASTRO, F., "La mediación familiar intrajudicial", en *Alternativas a la judicialización de los conflictos...*, op. cit., págs. 239-240.

comunicación entre las partes en conflicto, a fin de que las mismas arriben a un acuerdo”²⁷⁷.

ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA señalan que “la conciliación es el intento de aproximación de posiciones que propicia el juez, con mejor voluntad que eficacia, y siempre con absoluta irregularidad, más su fracaso histórico ha sido consecuencia de graves errores de planteamiento inicial, puesto que ni las partes pueden sincerarse ante quien después ha de juzgarlas (y, como es lógico, mostrarán ante el tribunal únicamente lo que les interese), ni el juez puede proponer soluciones sin el riesgo de prejuzgar con ligereza, comprometiendo su función social. La mediación se encuentra dentro de la autocomposición, pero tiene como característica fundamental que interviene un tercero que no juzga (arbitraje), ni concilia (juez o conciliador judicial), que no negocia (abogado), sino que es un experto en comunicación y su función es la de ayudar a las partes a que racionalicen el conflicto que les enfrenta y busquen por ellas mismas la solución y la recomposición del sentimiento recíproco de injusticia que originó el problema”²⁷⁸.

Como se puede apreciar existen múltiples opiniones al respecto, muchas de ellas incluso contradictorias, pero existe una tendencia generalizada a fijar el matiz distintivo en si el conciliador o el mediador pueden o no ofrecer soluciones. Entiendo que éste no es el factor más importante, ya que tanto en la conciliación como en la mediación, el tercero neutral habrá de adaptar su papel y ser más o menos evaluativo o intervencionista, dependiendo de la naturaleza del asunto y de la actitud y capacidad de las partes para concluir acuerdos.

4.2.2 Diferencias entre conciliación y mediación en el sistema español

Básicamente, las diferencias que se pueden apreciar entre ambos mecanismos autocompositivos de gestión de conflictos son de carácter formal, así se podría considerar que en el marco español:

²⁷⁷ MARÍA WEYRAUCH, I.E. y ELVIRA FARALL, M., *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*, Ámbito Registral, Buenos Aires, 2008, págs. 38-39.

²⁷⁸ ORTUÑO MUÑOZ, P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos...”, op.cit., págs. 13-14.

- La conciliación tiene un carácter más institucionalizado o legal, toda vez que se produce en el marco del proceso judicial o vinculado a éste, mientras que la mediación puede estar conectada con los tribunales o desplegar su eficacia fuera de dicho marco²⁷⁹.
- La conciliación siempre es un acto, mientras que la mediación es un proceso que en algunas ocasiones se podrá desarrollar en un solo acto y en otras requerirá de varias sesiones.
- En algunas ocasiones, las leyes pueden prever que la conciliación pueda tener carácter obligatorio, sin embargo la mediación siempre tiene carácter voluntario, no alterando dicha voluntariedad la obligación de comparecer a una primera sesión informativa que se ha establecido en algunas legislaciones, toda vez que la decisión de iniciar el proceso de mediación y de mantenerse en el mismo siempre va a tener que contar con el consentimiento de las partes.
- La conciliación puede ser llevada a cabo por el Secretario Judicial o por el Juez, que pueden o no tener formación específica en técnicas de conciliación, sin embargo la mediación siempre habrá de ser llevada a cabo por un mediador profesional debidamente formado.

4.2.3 Las referencias a la conciliación en el sistema jurídico español

En nuestro proceso civil la conciliación se configura como un acto de jurisdicción voluntaria, regulado en los arts. 460 y ss. de la LEC de 1881, modificados por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial²⁸⁰.

²⁷⁹ En este sentido, apuntan ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA que “en el Derecho comparado se reserva la palabra conciliación para cuando el procedimiento empleado para alcanzar un acuerdo es dirigido por un juez u otra persona del entorno del tribunal, y se denomina mediador cuando quien dirige el proceso es un tercero neutral, independiente del tribunal (aun cuando pueda estar vinculado a él). *Ibíd.*, pág. 33.

²⁸⁰ Así se establece en el art. 460 LEC: “Antes de promover un juicio, podrá intentarse la conciliación ante el Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia o ante el Juez de Paz competentes. No se admitirán a trámite las peticiones de conciliación que se soliciten en relación con: Los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza. Los juicios en que estén interesados los menores y los incapacitados para la libre administración de sus bienes. Los juicios de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados. En general, los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso”.

Por otra parte, en los arts. 414 y ss. LEC se establece un intento de conciliación con carácter preceptivo que ha de efectuar el Juez en el acto de la Audiencia Previa²⁸¹.

En la práctica hay jueces que efectivamente intentan conciliar en la Audiencia Previa viendo las ventajas que dicho intento puede reportar para el curso del procedimiento, pero fundamentalmente para las propias partes implicadas en el mismo, sin embargo hay todavía bastantes que pasan de puntillas por dicho trámite, limitándose a preguntar a las partes si hay acuerdo o no, pero sin intentar ningún tipo de labor conciliatoria a fin de intentar avenir las posturas discrepantes de las mismas²⁸².

A este respecto, señalan ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA que “en la práctica de nuestros tribunales, y salvando algunas puntuales excepciones, no es frecuente que los jueces intenten conciliar, puesto que no puede calificarse así la pregunta retórica que suele formularse antes de las audiencias previas, o en los litigios de carácter laboral. Más, aun cuando quisieran hacerlo, tampoco los jueces poseen preparación técnica, ni formación en las habilidades mínimas para que

²⁸¹ Respecto de dicho intento de conciliación en el acto de la Audiencia Previa, señala GARCIMARTÍN MONTERO que “el primero de los objetivos expresados por el legislador es, por tanto, la consecución de un acuerdo entre los contendientes que ponga fin al proceso ya iniciado. No deja de ser llamativo que se pretenda un acuerdo entre las partes apenas se ha iniciado el pleito, puesto que en principio la incoación de un proceso es una exteriorización del conflicto que suele ser reflejo de un alto grado de desacuerdo entre las partes, por lo que teóricamente no es fácil que en los momentos iniciales del proceso las partes logren una composición que evite que el proceso continúe y termine por sentencia. A pesar de la existencia de este inconveniente objetivo, la Ley no ha querido prescindir de este intento de avenencia puesto que, de lograrse un resultado positivo, se habrá conseguido que el pleito finalice en la audiencia previa, con las ventajas que esto comporta desde el punto de vista de la economía procesal. Además se conseguiría acabar verdaderamente con el conflicto, puesto que la única forma de que se extinga la discusión que dio lugar al proceso es la avenencia entre los contendientes”. GARCIMARTÍN MONTERO, R., “La función conciliatoria de la Audiencia Previa en el Juicio Ordinario”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 82, Consejo General del Poder Judicial, segundo trimestre 2006, pág. 3.

²⁸² En este sentido, el magistrado PECES MORATE hace la siguiente reflexión: “Mi experiencia en órdenes judiciales como el civil ha sido muy positiva con respecto a estas comparecencias iniciales, cuyo fin era alcanzar entre las partes una forma de transacción que evitase el pleito y que las dejase complacidas. Para ello lógicamente el juez debe ir con pleno conocimiento de cuál es el conflicto que enfrenta a las partes, cuáles son las posibilidades de cada una de ellas, dónde están las diferentes alternativas, etc. Pues bien, cuando en una comparecencia de éstas se lograba mediante una fórmula transaccional que acabara ahí el pleito, y entonces sí que se termina porque generalmente las partes están dispuestas a hacer voluntariamente lo que han decidido hacer y, por tanto, ya no se va a producir ese conflicto enorme de ejecución de sentencias, en muchos de estos casos los propios litigantes se me acercaron al término de la comparecencia y me indicaron que nunca hubiesen creído que la Justicia fuera esto. Se habían sentido comprendidos, eran plenamente conscientes de que se les había escuchado y se había dado la solución más idónea posible.” MARTÍN PALLÍN, J.A. y PECES MORATE, J.E., *La Justicia en España*, op.cit., pág. 27.

tales intentos conciliatorios puedan alcanzar un mínimo grado de éxito. Se actúa de forma intuitiva, irregular, con grandes diferencias entre los juzgados de una misma población, y sin incentivos de ningún género. En ocasiones, las llamadas a la conciliación se transforman en presiones a los letrados y a las partes para que la secuencia de los señalamientos diarios vaya más rápida, o para que *partan* las diferencias económicas y no se complique la resolución con cálculos complejos. Precisamente la técnica conciliatoria es todo lo contrario, pues presupone un profundo estudio previo del asunto por el juez, que somete a consideración de las partes determinados aspectos que considera relevantes, sin ningún tipo de prisa, pues de lo que se trata es de fomentar la reflexión conjunta de las partes”²⁸³.

En otros órdenes jurisdiccionales, como el laboral o el penal, nuestra legislación también prevé la conciliación²⁸⁴.

Respecto de la labor que ha de llevar a cabo el conciliador, éste desde su imparcialidad y experiencia profesional deberá intentar ayudar a las partes a entender sus propias motivaciones y las del otro, con el fin de avenir las divergencias entre ambas.

La conciliación en ningún caso finalizará con una solución decidida e impuesta por el conciliador, sino con un acuerdo alcanzado libremente por las partes según su propio criterio, por lo que éstas y no el conciliador son las verdaderas protagonistas de la solución del conflicto.

²⁸³ ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de...”, op. cit., pág. 34.

²⁸⁴ En el proceso laboral la conciliación se presenta como una importante forma de resolución de conflictos, existiendo dos intentos obligatorios de conciliación, uno con carácter previo a la interposición de demanda, configurándose como requisito de admisibilidad de la misma (art. 63 LPL) y un acto de conciliación celebrado ante el Secretario Judicial con carácter previo a la celebración de juicio (arts. 81 y ss. LPL), aunque personalmente entiendo que la misma no se hace como debería, siendo en la práctica más un trámite o una carga procesal para las partes que un verdadero método autónomo de solución del conflicto. En el marco del proceso penal también se establece un supuesto excepcional de conciliación obligatoria con carácter previo a la interposición de querrela en delitos de injurias y calumnias, exigiéndose la comparecencia de las partes en sede judicial a fin de que las mismas intenten solucionar el conflicto (art.278 LeCrim.). En caso de no alcanzarse ninguna solución, a la subsiguiente querrela se habrá de acompañar certificación que acredite haberse celebrado o intentado el acto de conciliación.

4.2.4 La conciliación en otros ordenamientos

Respecto del papel de la conciliación en otros ordenamientos, ya he comentado como la misma en algunos países se confunde habitualmente con la mediación.

Tal y como apunta SINGER, “en Gran Bretaña, Nueva Zelanda y Australia todavía se usa *conciliación* para hablar de *mediación*”²⁸⁵.

BARONA VILAR. “en los países anglosajones quisieron introducir la mediación como contraposición a la existente figura de la conciliación. Esta opción se produce probablemente como consecuencia del fracaso que la conciliación vino desempeñando durante mucho tiempo en el ordenamiento jurídico anglosajón, dado que más que intento de llegar a un acuerdo mediante cesiones que les llevaran al convencimiento a las partes de que ese acuerdo es una buena solución para la gestión de su conflicto, existía por parte del conciliador una presión para que las partes llegaran a una *reconciliación* entre ellas”²⁸⁶.

En Estados Unidos, por ejemplo, la conciliación ha sido prácticamente absorbida por la mediación y se suele identificar la misma con la mediación evaluativa, donde el papel del tercero neutral es mucho más activo que en la mediación de carácter facilitativo, pudiendo incluso realizar propuestas de acuerdo a las partes²⁸⁷.

En el Reino Unido, al igual que en Estados Unidos, la *Conciliation* o Conciliación, está concebida de forma muy similar a la mediación, si bien se considera que el papel del conciliador es más activo o intervencionista que el del mediador²⁸⁸.

²⁸⁵ SINGER, L.R., *Resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 42.

²⁸⁶ BARONA VILAR, S., “Solución extrajudicial de conflictos *con ojos de mujer*: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, en EXTEBARRÍA ESTANKONA, K. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.), *La Resolución Alternativa de Conflictos*, op. cit., pág. 43.

²⁸⁷ Como pone de manifiesto SINGER, “la palabra *conciliación* no goza actualmente del favor del público norteamericano, porque a los matrimonios en trámite de separación, a los que los tribunales forzaron, en ocasiones, a permanecer casados en un afán de reconciliarlos, no les gustaba su parecido con la palabra *reconciliación*. Durante el movimiento en pro de los derechos civiles la palabra *conciliación* no se consideraba un término aceptable, ya que sonaba a que se minimizaba el conflicto (como algo opuesto a la solución de los hechos subyacentes). Por tanto, este término se reemplazó gradualmente por la palabra *mediación*”. SINGER, L.R., *Resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 42.

²⁸⁸ Por ejemplo, para los conflictos laborales, la gran mayoría de los centros de trabajo disponen de procedimientos formales de reclamación, aplicables a trabajadores y empresarios. El *Advisory, Conciliation and Arbitration Service*, ACAS, (Servicio de Consulta, Conciliación y Arbitraje) ha creado un Código de Buenas Prácticas en materia de procedimientos disciplinarios y

En Noruega, desde el año 1980, existen los llamados Consejos de Conciliación que forman parte del sistema judicial noruego, figurando adscritos al Ministerio de Justicia. Estos Consejos de Conciliación se constituyen como una primera instancia a nivel municipal, al cual las partes obligatoriamente han de acudir a fin de intentar solucionar su conflicto, con carácter previo a la interposición de una demanda ante los Tribunales. Dicho Consejo de Conciliación está integrado por un grupo de personas cuya función, como he comentado, es intentar dar una solución consensuada con carácter previo a la judicialización el conflicto, pero en cualquier caso tienen la facultad de remitir el caso directamente a los tribunales, si entienden que es más aconsejable que el mismo sea sustanciado en dicha instancia. El porcentaje de acuerdos logrados ante estos Consejos de Conciliación es bastante alto²⁸⁹.

En Suecia, la conciliación es un elemento muy común en el marco de los procesos civiles seguidos ante tribunales ordinarios. Existen en el procedimiento judicial civil sueco una serie de actuaciones preliminares entre cuyos objetivos precisamente se encuentra la posibilidad de determinar si existen posibilidades de conciliación entre las partes. El órgano judicial es el que toma la iniciativa al respecto y debe intentar la conciliación entre las partes siempre que lo considere oportuno, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto, así como las circunstancias concurrentes en el mismo. Es el Presidente del Tribunal el que dirige las reuniones de conciliación, habiendo de actuar de forma imparcial, pero ésta no es obligatoria, ni se ajusta a unas reglas predeterminadas, por lo que si las partes no desean someterse a la misma por los motivos que sean, no se continuaría y no habría ningún tipo de sanción o consecuencia legal por dicha negativa. Si no se llega a ningún acuerdo entre las partes en el curso de las reuniones de conciliación, el procedimiento continúa su curso normalmente. La conciliación tiene carácter gratuito para las partes²⁹⁰.

reclamaciones entre trabajadores y empresarios y ofrece un servicio independiente e imparcial para prevenir y gestionar dichos conflictos laborales. Los conciliadores del ACAS tienen el deber legal de fomentar acuerdos en un amplio abanico de reclamaciones relativas a derechos de trabajadores que han sido o pueden ser susceptibles de terminar ante los tribunales laborales. Vid.http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_eng_es.htm.

²⁸⁹ Vid. http://www.ssb.no/forlik_en/main.html.

²⁹⁰ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_swe_es.htm.

En Alemania, en principio, el ordenamiento jurídico no prescribe la obligación general de que las partes en conflicto hayan de proceder a una tentativa extrajudicial de resolución del mismo antes de proceder a la interposición de un procedimiento judicial, si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 15 a) de la Ley de Introducción al Código de Procedimiento Civil Alemán (EGZPO), los Estados Federados pueden legislar con el fin de establecer que no se pueda interponer una acción ante una jurisdicción civil de primera instancia, en tanto que un órgano de conciliación reconocido no haya intentado solucionar el problema de mutuo acuerdo, si el importe en cuestión es inferior o igual a 750 €, o también en algunos asuntos de derecho de vecindad, o de protección del derecho al honor, siendo en tales casos requisito de admisibilidad de la demanda. Hasta el momento, son ocho los Estados Federados que han instaurado esta obligación de tentativa de acuerdo extrajudicial previo (Baden- Wurtemberg, Baviera, Brandenburgo, Hesse, Renania del Norte-Westfalia, Sarre, Sajonia-Anhalt y Schleswig-Holstein).

Por otra parte, el Código alemán de procedimiento civil (ZPO) establece en el art. 278.2 que, en principio, el acto de conciliación (*Güteverhandlung*) debe preceder a todo proceso ordinario contradictorio, con el objeto de solucionar de mutuo acuerdo el litigio en cuestión. Sólo se excluye la obligatoriedad del acto de conciliación cuando es imposible esperar que éste pueda prosperar, por ejemplo porque ya haya tenido lugar una tentativa de conciliación extrajudicial previa.

Cuando algún Estado Federado introduce, de conformidad con el artículo 15 a) EGZPO, la obligatoriedad del procedimiento de conciliación, los detalles del mismo son regulados por la legislación propia de dicho Estado.

El desarrollo del procedimiento de conciliación judicial viene descrito en el art. 278.2.2 del Código de Procedimiento Civil (ZPO). Es el propio tribunal el que lleva a cabo el acto conciliatorio, evaluando libremente todas las circunstancias, examinando los hechos y el litigio con las partes. El fracaso del acto de conciliación de conformidad con el art. 278.5 ZPO transforma el procedimiento en un proceso contradictorio ordinario.

El acuerdo o la transacción concluida ante un órgano de conciliación público o reconocido por el Estado, en el sentido del artículo 15 a) EGZPO, constituyen, al

igual que la transacción convenida ante un tribunal, títulos ejecutivos, pudiendo solicitarse directamente la ejecución forzosa de las medidas contenidas en los mismos (artículo 794.1.1 ZPO)²⁹¹.

En Austria, distintas leyes, en concreto la Ley de arrendamientos (*Mietrechtsgesetz*), la Ley del régimen de utilidad pública de la vivienda (*Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz*) y la Ley de la propiedad inmobiliaria de 2002 (*Wohnungseigentumsgesetz*), prevén que determinados conflictos que normalmente suelen dirimirse ante los tribunales como cuestión incidental al margen de la cuestión principal, se intenten solucionar antes de la interposición del proceso judicial a través de un procedimiento de conciliación en el ayuntamiento, cuando el municipio en el que se encuentre el inmueble de alquiler disponga de un órgano de conciliación a estos efectos. Se suele tratar de cuestiones relativas a la realización de obras de mantenimiento o mejora, cuantía de los alquileres o reparto de los gastos generales. Dicha conciliación tiene carácter obligatorio y se configura como requisito de admisibilidad de la demanda.

Si las partes no consiguen alcanzar un acuerdo el órgano de conciliación habrá de resolver la cuestión controvertida. Si la resolución es aceptada por las partes, transcurridas cuatro semanas desde su notificación, la misma deviene firme, tiene eficacia de cosa juzgada y constituye título ejecutivo, pero si alguna de las partes entiende que dicha resolución es contraria a sus derechos e intereses podrá llevar el asunto ante los tribunales, careciendo de eficacia alguna la resolución emitida por el órgano conciliador.

Si no se ha resuelto la cuestión en el plazo de tres meses cualquiera de las partes podrá directamente interponer su reclamación ante los tribunales, habiendo en tal caso de archivarse la conciliación.

El procedimiento de conciliación para asuntos de arrendamientos es gratuito²⁹².

²⁹¹ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_es.htm.

²⁹² http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_aus_es.htm.

En Francia, las partes, siempre que se trate de un conflicto que verse sobre derechos de libre disposición, pueden recurrir a la conciliación como vía para intentar solucionar el conflicto, al margen de los procedimientos judiciales.

Desde el punto de vista judicial, la conciliación es definida como el acuerdo convenido entre las partes, a instancia y bajo los auspicios del Juez, para que el procedimiento finalice con una solución negociada entre las propias partes, con ayuda del conciliador, y no impuesta por la autoridad judicial. Los Jueces de Primera Instancia y los órganos jurisdiccionales locales también pueden designar, con el acuerdo de las partes, a un conciliador judicial. El conciliador es un auxiliar de la justicia voluntario que está inscrito, a propuesta del Juez de Primera Instancia, en una lista elaborada por el Presidente del Tribunal de Segunda Instancia. La conciliación es gratuita para las partes.

Existen dos tipos de conciliación. En primer lugar estaría el intento previo de conciliación ante el Tribunal de Primera Instancia y el órgano jurisdiccional local. En este supuesto, es el propio demandante el que presenta su solicitud o puede enviar la misma por correo ordinario a la secretaría del tribunal. Una vez recibida, el Secretario convoca a las partes por correo ordinario a la celebración de una comparecencia. Si el asunto se resuelve en el acto de conciliación, el acta es firmada por las partes, el Juez y el Secretario automáticamente adquiere fuerza ejecutiva.

En segundo lugar estaría la conciliación solicitada por las partes durante el curso del proceso. En este caso, el Juez de Primera Instancia o el Juez Local, puede designar a un conciliador para proceder al intento de conciliación si las partes están de acuerdo. El Juez fijará el periodo de duración de la conciliación, que no puede exceder de un mes, pudiendo renovarse el mismo por una vez si así fuese necesario. En caso de que las partes consigan llegar a acuerdo, éste deberá ser homologado por el Juez para adquirir fuerza ejecutiva. En caso de que las partes no consigan solucionar su conflicto, el procedimiento judicial seguirá su curso ordinario.

Por lo que se refiere a la conciliación extrajudicial, en cada Departamento existe una Comisión Departamental de Conciliación en materia de arrendamientos

urbanos. Cuando el conflicto se refiere al precio del alquiler, es obligatorio consultar a esta Comisión antes de someter el asunto a un tribunal (el funcionamiento de dicha comisión se encuentra regulado en el Decreto nº 2001-653, de 19 de julio de 2001). El procedimiento es gratuito.

En materia de arrendamientos de locales comerciales, existen comisiones similares, son las Comisiones de Conciliación en materia de arrendamientos comerciales, cuya consulta es siempre facultativa (vienen reguladas en el artículo L. 145-35 del Código mercantil y en el Decreto nº 88-694, de 9 de mayo de 1988). Suelen intervenir cuando existen desacuerdos sobre la fijación del importe del arrendamiento que debe renovarse²⁹³.

En Italia, también se prevé tanto la conciliación judicial como la extrajudicial. Por lo que respecta a las formas de conciliación judicial en el art. 183 del Código de Enjuiciamiento Civil italiano se prevé un intento opcional de conciliación que puede intentar el Juez en la primera comparecencia de las partes cuando la naturaleza del asunto lo permita. Al intentar conciliar a las partes el Juez no debe en modo alguno condicionar la voluntad de las mismas, ni adelantar su propia opinión, sino simplemente plantear a éstas la posibilidad de llegar a un acuerdo, pero sin desempeñar un papel excesivamente activo para salvaguardar su propia posición como tercero imparcial que habrá de resolver el asunto en caso de que las partes no consigan una solución consensuada. Si se alcanza la transacción, las partes firman un acta de conciliación ante el juez que constituye título ejecutivo y conlleva el archivo del asunto. Para las conciliaciones que se realizan en el marco de un proceso contencioso es obligatoria la asistencia letrada y si alguna de las partes tiene asistencia jurídica gratuita para el proceso principal, la misma abarcaría también la fase de conciliación.

En las formas de conciliación extrajudicial la asistencia letrada es opcional y no se puede obtener asistencia jurídica gratuita. Las partes pueden prever en un contrato estipulado por ellas mismas el recurso a la conciliación antes de acudir a los tribunales, si bien dichas cláusulas en ningún caso pueden impedir el recurso a las autoridades judiciales. El acuerdo mediante el que las partes resuelven su

²⁹³ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_fra_es.htm.

conflicto tras la conciliación es vinculante, pudiendo, si no se cumple de forma voluntaria, solicitar su ejecución forzosa²⁹⁴.

4.3 MEDIACIÓN

4.3.1 Concepto y notas características

La mediación, al igual que la conciliación, podría definirse como un proceso en el que un tercero neutral, imparcial e independiente, asiste y ayuda a dos o más partes inmersas en un conflicto a buscar una solución consensuada que ponga fin al mismo.

Pero, como señala SOLETO MUÑOZ, “es difícil pretender delimitar qué es o qué no es la mediación; posiblemente porque se trata de una institución jurídica de reciente introducción en nuestro ordenamiento, que tiene diverso reflejo normativo en cada uno de los órdenes jurisdiccionales españoles y en los distintos ámbitos territoriales en los que se ha comenzado a implantar. Posiblemente busquemos una definición de la mediación, lo que es, lo que no es, lo que no puede hacerse, cómo hay que hacerla en coherencia con nuestra tradición jurídica romana, sin embargo es preciso señalar aquí que establecer límites claros y excluyentes en relación con el concepto de mediación no es conveniente, porque precisamente una de las características del procedimiento de mediación ha de ser la flexibilidad. Dicho esto, intentando establecer unos límites difusos, y desde un punto de vista jurídico podríamos decir que la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo”²⁹⁵.

En la actualidad, la mediación aparece como el método central o más avanzado dentro de lo que se ha venido llamando *gestión cooperativa de conflictos*. Como apunta SAIZ GARITAONAENDÍA, “por medio de la mediación pueden desarrollarse las actividades que facilitan el diálogo cooperativo entre las partes, lo que genera una comprensión mutua que reduzca la agresividad a la hora de afrontar el

²⁹⁴ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ita_es.htm.

²⁹⁵ SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación vinculada a los Tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., págs. 245-246.

conflicto. De esta forma puede llegarse a una resolución consensuada, total o parcial de dicho conflicto. Además, este procedimiento redunda en una posible mejora de la relación material de las partes, lo que puede ayudar a una autogestión pacífica de las disputas que entre las mismas puedan surgir en el futuro, por lo que sin duda es la fórmula que mejor se adapta a la filosofía subyacente en el sistema de Gestión Cooperativa de Conflictos”²⁹⁶.

La mediación, tal y como está concebida en nuestro ordenamiento jurídico, es un método alternativo de resolución de conflictos de carácter voluntario. Es decir, son las partes las que libremente han de decidir acudir a la mediación como vía para resolver su conflicto, sin que puedan ser obligadas en tal sentido. La voluntariedad rige tanto en el inicio del proceso de mediación, como en su desarrollo y, como no podía ser de otra forma, en la posible solución o acuerdo que ponga fin a la controversia suscitada entre las partes²⁹⁷.

Como anteriormente señalaba SOLETO MUÑOZ, si algún elemento ha de definir a la mediación éste ha de ser la flexibilidad. En el procedimiento de mediación prima la voluntad de las partes y del mediador a la hora de configurar cómo ésta habrá de desarrollarse, así en cada caso o en cada ámbito de actuación se pueden pactar o fijar las reglas mínimas de actuación, con lo que las propias partes del conflicto comienzan a sentar las bases de un restablecimiento de la relación en aras a la consecución de un acuerdo que ponga fin al conflicto.

El mediador habrá de actuar con independencia y absoluta imparcialidad respecto de las partes.

Otra de las notas características de la mediación es la confidencialidad. Toda la información que las partes presten durante el proceso de mediación tiene carácter absolutamente confidencial, por lo que el mediador no podrá divulgar a terceros ningún aspecto del que haya tenido conocimiento en las sesiones de mediación con las partes. Si el mediador ha sido facilitado por alguna entidad administradora,

²⁹⁶ Véase, SAIZ GARITAONAENDÍA, A., “Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 78.

²⁹⁷ Así se ha recogido expresamente en el art. 6 de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*: “1. La mediación es voluntaria (...) 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”.

ésta igualmente tiene la obligación de salvaguardar la confidencialidad de todos los datos que le hayan sido suministrados por las partes²⁹⁸.

La mediación, al igual que la conciliación, tampoco culminará con una solución impuesta por el mediador, en caso de que las partes sean incapaces de alcanzar un acuerdo negociado. El mediador en ningún caso tiene autoridad para imponer una solución a las partes.

La mediación finalizará con el acuerdo que las partes alcancen sobre la totalidad o sobre algunas de sus diferencias, pudiendo igualmente dar por concluida la mediación en el momento que alguna de ellas o el mediador lo consideren oportuno.

En nuestro país, la mediación está cobrando especial significación, pudiendo concluirse que hoy en día se configura como el método alternativo de resolución de conflictos más importante y más ampliamente utilizado.

La aprobación de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, ha supuesto el refrendo definitivo de este mecanismo, dando la necesaria cobertura legal a determinados aspectos como la confidencialidad, o los efectos del inicio del proceso de mediación sobre los plazos legales para el ejercicio de acciones judiciales, que no se encontraban regulados y que obstaban su utilización en este ámbito.

La mediación en España hasta este momento sólo se encontraba regulada en distintas Comunidades Autónomas que habían aprobado sus respectivas leyes de mediación familiar, si bien en Cataluña y en Cantabria el ámbito objetivo de las mismas se había ampliado a otras materias de Derecho privado. También se encuentra regulada en materia laboral y en el ámbito de los menores infractores, no así en el Derecho penal de adultos, aunque en la práctica venga desarrollándose en dicho ámbito desde hace bastantes años a través de diversos programas piloto.

²⁹⁸ Vid. Art. 9 *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

En el siguiente capítulo abordaré con mayor profundidad todos los aspectos relativos a la mediación y su regulación en nuestro país, por lo que ahora sólo haré una breve panorámica por otros ordenamientos, a fin de ver cómo se encuentra regulada.

4.3.2 La mediación en otros países

La mediación en Estados Unidos en la actualidad es, sin duda, el método alternativo de resolución de conflictos más utilizado en la práctica.

Originariamente, la mediación se vinculaba a la resolución de conflictos entre miembros de una misma etnia o grupo religioso, como los cuáqueros, los chinos o la comunidad judía que emigraron a Estados Unidos y que utilizaban este método como defensa de su cultura frente a la tradición americana. Posteriormente esta tradicional concepción de la mediación fue cambiando a medida que se fue regulando legalmente en muy diversos ámbitos, por lo que dejó de basarse en valores comunes de una determinada comunidad para hacerlo en una serie de principios jurídicos recogidos en diversas normas²⁹⁹.

Tal y como señala BUTTS GRIGGS, “los cimientos de la mediación formalizada empezaron en el ámbito laboral, se extendieron mucho después al área familiar y, seguidamente, al contexto comunitario”³⁰⁰.

Por lo que respecta al ámbito laboral, si bien hay otros precedentes, es en 1947 cuando el *Labor Management Relations Act* crea el *Federal Mediation and Conciliation Service*, cuya labor principal era la de gestionar e intentar resolver extrajudicialmente todos los conflictos surgidos en el sector de las relaciones laborales. En la actualidad, además del citado organismo federal, existen otras muchas instituciones públicas y privadas, locales y estatales, que también se dedican a la resolución de conflictos laborales que van desde las negociaciones de convenios colectivos a conflictos individuales trabajador-empresario, casos de despido, mobbing, infracción de derechos laborales, etc.

²⁹⁹ Vid. PUJADAS TORTOSA, V., “Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de...”, op. cit., pág. 88.

³⁰⁰ BUTTS GRIGGS, T., “La mediación en los Estados Unidos...”, op. cit., pág. 184.

En materia de Derecho de familia, a finales de los años 80 la mediación ya era una vía obligatoria previa a la interposición de acciones judiciales para cuestiones relativas a conflictos sobre guardia y custodia y régimen de visitas, en más de treinta Estados, permaneciendo aún hoy en la actualidad tal requisito, así como la obligatoriedad en muchos casos de acudir a talleres educativos dirigidos a padres que se quieran divorciar donde se les informa acerca de las consecuencias e impacto que dicho divorcio puede tener en los hijos³⁰¹.

Por lo que respecta al ámbito comunitario, en 1976 se crearon los *Neighborhood Justice Center* con el fin de atender a conflictos menores tanto de naturaleza civil como penal. Estos centros de justicia vecinal funcionaban como una especie de filtro, seleccionando que casos debían resolverse en los tribunales y cuáles debían hacerlo a través de otras vías como la mediación. De esta forma, fue asentándose la idea de mediación comunitaria, con un enfoque más humanista basado en una atención distinta a las personas, intentando hacerlas partícipes en la solución de sus propios conflictos. Actualmente, la oferta de servicios de mediación comunitaria es enorme y cada centro ofrece diferentes servicios, dependiendo de la propia estructura, capacidad y recursos de los mismos, siendo nota común en muchos de ellos el carácter voluntario de los mediadores que prestan sus conocimientos al servicio de los mismos.

En los últimos años también está cobrando especial importancia la mediación comercial, desplazando claramente al arbitraje como método de resolución de conflictos en dicho campo. Las empresas empezaron a percibir la importancia de mantener su imagen pública, así como de no dañar sus relaciones comerciales con otras empresas enfrentándose a las mismas en procesos de carácter adversarial, máxime cuando dichas relaciones habrían de continuarse en el tiempo. Por otra parte, el coste económico, la privacidad y la confidencialidad de la mediación también han sido factores determinantes que han hecho que la mediación haya ido

³⁰¹ Por ejemplo, en el Estado de Nebraska, al igual que sucede en otros Estados y programas de mediación vinculados a los tribunales del país, la *Rule 4-3* reguladora de las relaciones familiares, obliga a los padres que pretendan divorciarse a acudir al programa de educación para padres "*What About the Children*" que es impartido en la propia sede del tribunal, en concreto en los *District Court Conciliation and Mediation Services*, con el fin de que reciban información detallada acerca de los efectos legales del proceso y de las consecuencias que fundamentalmente para los hijos implica un procedimiento de tal naturaleza.

ganando terreno en las preferencias de los comerciantes americanos para la solución de sus disputas, siendo cada día más habitual la inclusión en contratos mercantiles de cláusulas de sumisión expresa a mediación para la eventual gestión y solución de los futuros conflictos que pudieran surgir fruto de dichas relaciones.

La mediación comenzó a adquirir su relevancia actual, gracias a la institucionalización de la misma en el sistema judicial, configurándose en muchos casos incluso como requisito obligatorio previo a la vía jurisdiccional, por lo que se ha extendido como un nuevo espacio a ocupar por distintos profesionales.

Por lo que respecta a los principios fundamentales que rigen el proceso de mediación en Estados Unidos, además de la voluntariedad, destaca la confidencialidad y la “regla de exclusión como medio de prueba” que es una norma de derecho común que impide el uso como medio de prueba en juicio de las ofertas de compromiso realizadas por las partes durante la mediación, ampliada posteriormente por la *Federal Rule of Evidence 408* a las conductas y declaraciones llevadas a cabo por las mismas durante dicho proceso.

Otra de las vías adoptadas para la protección de la confidencialidad es la llamada *Mediation Privilege* que es la posibilidad o prerrogativa que tienen las partes de negarse a declarar o de impedir que el otro declare acerca de las comunicaciones privadas llevadas a cabo durante el proceso de mediación, aunque en determinadas ocasiones dicho privilegio puede quedar excluido en atención a criterios de interés o de orden público.

En los programas de mediación conectados con los tribunales se presta especial atención al tema de la confidencialidad y ya en la *Federal Alternative Dispute Resolution Act* de 1998 se acordó que los tribunales debían adoptar las normas oportunas en orden a la protección de la confidencialidad, previendo incluso sanciones para los abogados que intentasen incumplirlas.

En el Reino Unido, la mediación va cobrando cada vez mayor auge en el ámbito de las relaciones comerciales, relaciones familiares, conflictos comunitarios y vecinales, conflictos relacionados con el ámbito de la salud (daños corporales, negligencias médicas, etc.), menores infractores, etc.

Por lo que se refiere a la mediación civil y comercial, ésta viene siendo utilizada desde el año 1989, si bien es en los últimos años cuando está cobrando mayor auge. El modelo de mediación empleado en un primer momento fue importado directamente del seguido en Estados Unidos y Canadá, si bien pronto se apreció que las circunstancias y los contextos, pese a ser similares, ofrecían importantes diferencias de fondo como la cultura del acuerdo de la sociedad americana, fuertemente arraigada en el sector de los conflictos empresariales, que hasta ese momento no existía en el Reino Unido, o la mayor cantidad de recursos económicos y de infraestructuras disponibles de los programas que allí se venían realizando.

En diciembre de 2003 se constituyó el *CMC, Civil Mediation Council*, para promover la mediación civil y mercantil. Entre algunas de sus funciones está la de controlar la calidad de los servicios prestados por los mediadores e instituciones de mediación, exigiendo una serie de normas o requisitos a dichas instituciones para la acreditación de sus mediadores.

En los años 2005 y 2006 se realizaron dos semanas de sensibilización en un esfuerzo por aumentar la concienciación sobre el valor de la mediación entre abogados, jueces y público en general.

Fundamentalmente para las *small claims*, o reclamaciones de pequeña cuantía, se pusieron en marcha en el año 2007 distintos programas de mediación conectados con los tribunales en las ciudades de Londres, Manchester, Birmingham y Exeter. Del año 2007 al 2008 se duplicó el número de asuntos derivados a mediación en dichos programas y a mediados del año 2009 el índice de acuerdos conseguidos era del 74%³⁰².

Por lo que respecta a los conflictos familiares, el método alternativo de resolución de conflictos más utilizado es, sin duda, la mediación. Desde el año 1996, con la entrada en vigor de la *Family Law Act*, se produjo un importante impulso de la mediación como vía de intervención y solución de los conflictos familiares, siendo también un factor decisivo el hecho de la financiación pública de la misma a través

³⁰² Vid. BROOKE, H., *Mediation in the UK today*, February 2010, disponible en <http://www.cedr.com>, págs. 14-16.

de la *Legal Services Commission (LSC)*. En la actualidad, en Inglaterra, la institución de la mediación familiar se encuentra firmemente consolidada.

La participación en la mediación familiar tiene carácter voluntario y se utiliza para resolver los litigios que surgen en el contexto del divorcio y la separación, de conformidad con la legislación nacional. Se considera que la mediación familiar sólo puede tener éxito si las familias son libres de acudir a ella, pero se fomenta su utilización, sobre todo cuando existen hijos menores.

Los prestadores del servicio de mediación familiar son a menudo organizaciones voluntarias independientes. Los mediadores familiares constituyen una profesión independiente y autorregulada.

De conformidad con los requisitos establecidos en el *Community Legal Service Funding Code*, en el marco de la Ley sobre el Acceso a la Justicia de 1999 (*Access to Justice Act*), las personas que pretendan obtener ayuda económica pública para afrontar un proceso judicial sobre un asunto familiar, deben considerar antes si la mediación puede ser una vía más adecuada para solucionar el conflicto. En el supuesto de que las partes sean beneficiarias de dicha ayuda pública, no podrán elegir mismas al mediador que vaya a intervenir en su conflicto, sino que tendrán que acudir necesariamente a mediadores cualificados que reúnan los requisitos establecidos por la *Legal Services Commission*³⁰³. Sólo aquellos mediadores que reúnan la marca de calidad exigida por *Legal Services Commission* podrán desempeñar dichas mediaciones y además han de pertenecer o estar acreditados por alguno de los miembros que integran el *FMC, Family Mediation Council*.

Los acuerdos logrados en el procedimiento de mediación familiar (*consent orders*) han de ser homologados por un órgano jurisdiccional, que además será el competente para poder proceder a su ejecución.

En el ámbito comunitario, la mediación está cobrando gran importancia. Existe un número elevado de proveedores que vienen realizando programas de mediación entre pares en centros educativos, de justicia restaurativa en colaboración con

³⁰³ Los mediadores familiares para alcanzar el reconocimiento que les permita trabajar con las partes en un procedimiento financiado con fondos públicos, tienen que presentar un currículo de trabajo para la evaluación de sus competencias, en el que han de acreditar un mínimo de cuarenta horas de prácticas. Vid. BROOKE, H., *Mediation in the UK...*, op cit., págs. 1-2.

instituciones judiciales y de integración intercultural para intervenir en conflictos surgidos con las diversas comunidades étnicas que integran la sociedad inglesa, cuyo contexto social es bastante complejo. A menudo los mediadores que intervienen en dicho ámbito son voluntarios y generalmente ofrecen un servicio gratuito. Dada la gratuidad de dichos servicios están apareciendo problemas de financiación de algunas de las organizaciones proveedoras, por lo que desde algunas entidades locales se está empezando a prestar apoyo económico a las mismas para que puedan seguir desempeñando su trabajo³⁰⁴.

En Suecia se pueden utilizar mecanismos alternativos de resolución para la mayoría de los conflictos. Para los conflictos laborales existe la Oficina Nacional de Mediación, cuya labor está regulada legalmente. Dicha Oficina proporciona mediadores que intervienen en conflictos relativos a negociaciones salariales y condiciones de empleo, así como negociaciones de convenios colectivos. El procedimiento es gratuito para las partes.

Por lo que respecta a la mediación familiar, la misma es llevada a cabo por profesionales, debidamente formados y su objetivo principal es regular las futuras relaciones de los cónyuges inmersos en un procedimiento de separación o divorcio, en cuanto a la guarda y custodia de los hijos, alimentos, régimen de visitas, etc. El acceso a la mediación también tiene carácter voluntario, si bien si ya se ha iniciado el proceso judicial, el tribunal puede derivar a las partes a mediación si lo considera oportuno. Las sesiones son gratuitas para las partes.

Si las partes llegan a un acuerdo, éste habrá de ser recogido por escrito y ser aprobado por el Comité de Asistencia Social para que el mismo pueda ser aplicado. Una vez producida la aprobación, el acuerdo de mediación es ejecutivo y surte los mismos efectos que una sentencia judicial.

También pueden someterse a mediación, en materia de arrendamientos, los conflictos entre propietario e inquilino y los conflictos sobre alquileres. La mediación es obligatoria en los casos de conflictos sobre alquileres de locales de negocio. Estos temas son llevados las Comisiones Regionales de Inquilinato y Arrendamientos, que tienen una función más evaluativa, pues en caso de que las

³⁰⁴ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_eng_es.htm.

partes no hayan conseguido alcanzar ningún tipo de acuerdo durante las sesiones de mediación, presentará su propia propuesta de solución, la cual no tiene carácter vinculante para las partes, por lo que en caso de no aceptarla habrán de acudir a la vía jurisdiccional para resolver el conflicto. El procedimiento seguido ante la Comisión Regional de Inquilinato y Arrendamientos es gratuito para las partes, si bien éstas habrán de sufragar, en su caso, sus propios gastos de representación, a no ser que dispongan de asistencia jurídica gratuita.

También está prevista la mediación en determinados conflictos relativos a derechos de autor. El procedimiento es de carácter facultativo y se solicita a través de una petición al Gobierno, que designará a un mediador para intervenir en el asunto. Si el procedimiento de mediación es infructuoso, el mediador puede proponer un procedimiento arbitral, pero las partes no están obligadas a aceptarlo. El procedimiento en este caso no es gratuito y el mediador tiene derecho a percibir sus honorarios, habiendo de pagar los mismos la parte que ha solicitado la mediación³⁰⁵.

En Alemania, la mediación familiar ha ido adquiriendo una importancia cada vez mayor en el marco de la regulación de los efectos de la ruptura de la pareja y de los conflictos familiares. La mediación está muy vinculada a la solución de conflictos familiares, abarcando tanto los que pueden surgir en el seno del matrimonio, como las relaciones de parejas de hecho, conflictos entre cónyuges o parejas que ya se encuentran divorciados o separadas, así como relaciones paterno filiales y demás conflictos que puedan surgir entre los miembros de la familia.

La supresión en el año 1977 del principio de la culpa en los procedimientos de divorcio y el reconocimiento del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental desde el año 1982, permitieron crear las bases para la aplicación práctica de la mediación, intentando inculcar en las partes un espíritu de autorresponsabilidad teniendo siempre presente el interés prioritario de los menores.

La mediación suele ser propuesta por los abogados. Por otra parte, la ley impone a los jueces que se esfuercen a lo largo del procedimiento judicial, en particular cuando se ventilan derechos e intereses de los menores, en intentar que las partes

³⁰⁵ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_swe_es.htm.

lleguen a una solución de mutuo acuerdo (art. 52 de la Ley de asuntos relativos a la jurisdicción voluntaria FGG).

Debe distinguirse la mediación, como método alternativo de resolución de conflictos, de la mediación jurisdiccional asumida por jueces y abogados como intermediarios en el ejercicio de sus funciones. Así por ejemplo, en el art. 86.1 de la Ley de asuntos relativos a la jurisdicción voluntaria (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit - FGG*), se estipula que, en el caso de la liquidación de una herencia, el Tribunal de Sucesiones debe, a petición de uno de los herederos, actuar como intermediario. En estos y otros casos, la función que corresponde al juez, en las tareas que se le atribuyen como “mediador”, según lo dispuesto en el artículo 278 de la Ley de Enjuiciamiento civil (ZPO), es intentar que, en cualquier fase del procedimiento, las partes puedan solucionar el asunto de mutuo acuerdo. Su actuación sólo se convierte en mediación, como resolución alternativa del conflicto, en la medida en que tiene que adoptar una posición de neutralidad, no imponiendo ningún tipo de solución a las partes interesadas, sino que han de ser ellas mismas las que de forma consensuada logren solucionar los conflictos que les enfrentan.

Aunque en Alemania, ni el procedimiento de mediación, ni la cualificación profesional del mediador están determinados por ley, se han ido elaborando una serie de criterios normativos que garantizan la buena formación profesional de los mediadores familiares. En este sentido, se pueden citar las directivas de formación profesional emitidas por el órgano federal en materia de mediación familiar (*Bundesarbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation*).

También, en el sector de la economía, la mediación es un método de resolución de conflictos en auge en Alemania. En este contexto, abogados y representantes del sector económico se esfuerzan con distintos enfoques en establecer procedimientos de mediación y garantizar normas de calidad standard. En este ámbito, las partes están empezando a percibir como la relación coste-beneficio de someterse a un procedimiento de mediación y obtener un acuerdo a través de dicha vía es especialmente positiva. Así, la integración de los distintos intereses de las partes y su compromiso en la elaboración de un acuerdo que les permita la continuación de sus relaciones comerciales y de proyectos futuros, están actuando

como impulso en la promoción y utilización de la mediación. El procedimiento de mediación ofrece por otro lado la ventaja de garantizar la confidencialidad del procedimiento.

En este contexto, los conflictos vinculados a hechos complejos, como, por ejemplo, en el sector de la construcción o en el marco de la realización de grandes instalaciones industriales, se prestan especialmente bien a esta clase de intervención. Otros litigios caracterizados por fuertes componentes personales, como los conflictos relativos al derecho de sociedades o los que surgen entre partes de distintas nacionalidades, también están siendo regulados por procedimientos de mediación.

Por lo que respecta al Derecho laboral, los procedimientos de mediación se utilizan principalmente cuando el conflicto afecta los derechos que regulan las relaciones entre trabajador y empresario.

Otros ámbitos donde se viene desarrollando la mediación son los de los conflictos particulares, básicamente en conflictos de vecindad y en cuestiones relacionadas con la protección del derecho al honor. Dado que las partes en litigio son las que deben alcanzar una solución al conflicto que les enfrenta, son ellas las mejor situadas para regular la continuación de sus relaciones³⁰⁶.

También destaca la mediación que se viene realizando en el ámbito del Derecho administrativo, con el objeto de optimizar la cooperación y conferir mayor flexibilidad gracias a soluciones concertadas. Se viene utilizando en particular, en el marco de asuntos que afectan el derecho relativo al medio ambiente o que tienen por objeto procedimientos de ordenación del territorio o entrada en vigor y autorización de planes urbanísticos. La mediación permite tener en cuenta un gran número de factores de influencia y aspectos dimensionales³⁰⁷.

³⁰⁶ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_es.htm

³⁰⁷ Tal y como de manifiesto PECES MORATE, "en Berlín, el 80% de los pleitos de lo contencioso-administrativo relativos a disciplina urbanística, por ejemplo problemas de sanciones y de licencias, se soluciona por la mediación de un juez técnico. En Alemania, el juzgado de primera instancia de lo contencioso-administrativo está compuesto de un juez técnico y dos legos. El procedimiento lo tramita el juez técnico, quien emite un juicio provisional tras haber estudiado el problema, escuchado a las partes y visitado el lugar del conflicto. La razón estará de una parte o de la otra, pero con este juicio provisional se ventilan nada más y nada menos que un 80% de los

En Austria, la mediación se encuentra expresamente regulada en una ley específica de mediación³⁰⁸. Sólo puede hablarse de mediación, en el sentido de la ley, cuando la misma es llevada a cabo por un mediador profesional que actúa con arreglo a los métodos legalmente establecidos.

El contenido de las conversaciones de la mediación tiene carácter confidencial para todos los interesados y, tal y como se establece en el art. 320 Z 4 ZPO, los mediadores no podrán comparecer como testigos en un procedimiento judicial que siga a la mediación. Están sometidos por ley a la obligación de guardar secreto y el incumplimiento de esta obligación puede tener consecuencias penales. Sólo pueden actuar como mediadores las personas que figuran en una lista a tal efecto, lo que garantiza que se reúnen los requisitos profesionales necesarios.

Los tribunales ordinarios civiles podrán derivar asuntos de carácter civil a mediación si entienden que son susceptibles de ello (§ 1, párrafo 2 *ZivMediatG*).

Cabe realizar mediación en cualquier tipo de asunto jurídico y el recurso a la misma siempre es de carácter voluntario, salvo en los conflictos vecinales en los que, con carácter previo a la interposición de demanda judicial, es obligatorio haber intentado la mediación o cualquier otro mecanismo alternativo de resolución de conflictos, como requisito de procedibilidad (*Zivilrechts-Änderungsgesetz ZivRÄG 2004, BGBI I 91/2003*).

En Austria, existe desde el mes de mayo de 2004, un Registro de Mediadores, dependiente del Ministerio Federal de Justicia, que establece los requisitos necesarios para poder ejercer la profesión.

La mediación no es gratuita. La cuantía de los honorarios se determina en el acuerdo que se ha de celebrar entre el mediador privado y las partes en conflicto. Los costes de la mediación varían no en función de valor del litigio sino del tiempo

pleitos de disciplina urbanística en Berlín.” MARTÍN PALLÍN, J.A. y PECES MORATE, J.E., *La Justicia en España*, op. cit., pág. 127

³⁰⁸ Existe la Ley Federal sobre mediación en asuntos civiles (*Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen, Zivilrechts-Mediations-Gesetz- ZivMediatG, BGBI. I Nr 29/2003*). También tienen un Reglamento del Ministerio de Justicia que regula la formación necesaria para poder trabajar como mediador (*Verordnung des Bundesministers für Justiz über die Ausbildung zum eingetragenen Mediator, Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung-ZivMediat-AV, BGBI. II Nr 47/2004*).

invertido por el mediador. Normalmente el pago de los costes se reparte entre las partes. Éstas acuerdan en el procedimiento la forma del reparto. En términos generales no está prevista la concesión de ayuda para sufragar estos costes, si bien para temas de familia se puede conceder una subvención en función de los ingresos familiares.

Para dotar de ejecutividad a los acuerdos alcanzados en mediación se precisa la intervención de un notario o de un órgano jurisdiccional civil. El acuerdo de mediación no es un título ejecutable directamente por los tribunales, es una propuesta de solución que puede servir de base para una posterior decisión judicial.

Existen también oficinas locales de mediación que son instituciones públicas constituidas a nivel local. Su tarea consiste en procurar la libre conclusión de acuerdos por las partes contendientes en cuestiones como deudas pecuniarias, pretensiones sobre bienes muebles, disputas sobre lindes, conflictos relativos a títulos de propiedad o asuntos relacionados con el honor de las personas. La creación de estas oficinas es competencia de los órganos legislativos de cada Estado federado (*Land*). En la actualidad existen en seis Estados federados. Las oficinas están integradas por al menos tres personas de confianza elegidas por el pleno municipal. El procedimiento es gratuito y los acuerdos concluidos tienen la misma eficacia que las transacciones judiciales, por lo que puede solicitarse su ejecución ante los tribunales³⁰⁹.

En Francia, la mediación se encontraba ya regulada en el Código de Procedimiento Civil y en febrero de este mismo año se ha aprobado el *Decreto nº 2012-66, de 20 de enero de 2012, relativo a la resolución alternativa de conflictos*, por el que se modificaban algunas cuestiones y se hacía efectiva la incorporación de la Directiva 2008/52/CE a su ordenamiento jurídico interno.

La mediación puede ser extrajudicial o tener lugar en el marco de un procedimiento judicial iniciado.

³⁰⁹ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_aus_es.htm.

En este último caso, la mediación se encuentra regulada en los artículos 131.1 y siguientes del nuevo Código de Procedimiento Civil, y se lleva a cabo bajo la supervisión del Juez. Así, el tribunal que conozca de un proceso, tras recabar el acuerdo de las partes, podrá designar a un tercero que escuche a las partes y confronte sus puntos de vista para permitirles encontrar una solución a la controversia que les enfrenta. La mediación puede versar sobre toda la controversia entre las partes o sólo sobre parte de ella y el tribunal podrá acordar las medidas que estime necesarias durante la tramitación del procedimiento de mediación. La duración inicial de la mediación no podrá, en principio ser superior a tres meses, si bien dicho plazo podrá ser prorrogado por una sola vez y por la misma duración a petición del propio mediador.

La mediación puede ser encomendada a una persona física o a una asociación. En este último caso, el representante legal de dicha asociación habrá de someter a la aprobación del tribunal el nombre de la persona o de las personas físicas que llevarán a cabo la mediación.

Según lo dispuesto en el art. 131.5 del Código de Procedimiento Civil, el mediador habrá de reunir una serie de requisitos como acreditar formación o experiencia específica en mediación, carecer de antecedentes penales, no haber sido autor de hechos contrarios al honor, a la moral y a las buenas costumbres que hubieran dado lugar a una sanción disciplinaria o administrativa de destitución, expulsión, revocación o retirada de su licencia o autorización y estar en posesión de la cualificación requerida en función de la naturaleza de la controversia a mediar.

La resolución por la que se decreta derivar el asunto a mediación habrá de hacer referencia al acuerdo entre las partes en tal sentido, a la designación del mediador concreto y a la duración máxima del proceso de mediación. También recogerá el importe de la provisión de fondos que habrán de ingresar las partes para hacer frente a la remuneración del mediador, así como su proporción o distribución y el plazo para realizar dicho ingreso. En caso de no realizarse dicha provisión, la derivación quedará sin efecto y el procedimiento judicial continuará su curso.

Si surge algún tipo de problema o dificultad durante el desempeño de su función, el mediador habrá de informar de los mismos al tribunal. El tribunal podrá poner fin

a la mediación si así se lo solicitan el mediador o alguna de las partes, incluso podrá hacerlo de oficio si entiende que se halla comprometido su correcto desarrollo. Concluida la mediación, el mediador habrá de comunicar por escrito al tribunal si las partes han logrado o no llegar a una solución y podrá reclamar su remuneración que será determinada por el mismo tribunal.

Los acuerdos de mediación pueden adquirir fuerza ejecutiva si se la confiere el Presidente del Tribunal de Primera Instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1441.4 del Código de Procedimiento Civil. Estos acuerdos adquieren así la misma fuerza que una sentencia.

Por lo que refiere a los distintos ámbitos donde se viene desarrollando, destaca la mediación familiar, que no puede versar en ningún caso sobre derechos que no tengan carácter dispositivo para las partes, como por ejemplo los temas de filiación. Se considera que este método de resolución de conflictos parece especialmente adaptado a este ámbito del Derecho, en el que las decisiones deben tener en cuenta imperativamente los conflictos humanos y la necesidad de mantener los vínculos familiares después de la separación.

También se está haciendo mediación en el ámbito del consumo y a tal fin las autoridades francesas han creado una estructura de solución de conflictos de consumo al margen de los órganos judiciales, cuya misión es la de informar y orientar a los consumidores en orden a la consecución de arreglos amistosos. A nivel departamental, pone en relación las asociaciones de consumidores, las organizaciones profesionales y la administración. El mecanismo es gratuito.

En materia de seguros, las agrupaciones de compañías de seguros han establecido una especie de cartas de mediación con arreglo a las cuales un mediador independiente emite un dictamen sobre un litigio entre el asegurado y el asegurador, una vez oídas ambas partes. En caso de que no se consiga solucionar el asunto en mediación, las partes podrán someter el mismo a los tribunales, en un plazo de dos años, a partir del hecho causante del litigio.

En el sector bancario, el artículo L 312-1-3 del Código monetario y financiero establece la institucionalización y extensión de la práctica del mediador bancario. El procedimiento es gratuito y el mediador debe pronunciarse en el plazo de dos

meses desde la fecha en que fue consultado. Esta consulta suspende los plazos de prescripción.

También, muchas administraciones públicas cuentan con un mediador. El *Médiateur de la République* se ocupa de las relaciones entre la administración y los administrados. Antes de dirigirse a él, es obligatorio efectuar un primer trámite ante la administración, que consiste en una petición de explicación o aclaración de la decisión adoptada, a fin de comprobar que el desacuerdo persiste. Es obligatorio dirigirse al *Médiateur* a través de un parlamentario. No obstante, los delegados del *Médiateur de la République* pueden resolver directamente y con rapidez muchos problemas³¹⁰.

En Italia, en consonancia con los requerimientos de la Comisión Europea y a fin de incorporar a su ordenamiento la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, el Gobierno italiano procedió a una nueva reforma del sistema de justicia y aprobó el D. Lgs. 28/2010 de 4 de marzo, en materia de mediación en asuntos civiles y mercantiles³¹¹.

Posteriormente, el 18 de octubre de 2010 se aprobó el Decreto Ministerial de Actuación del D.Lgs. 28/2010, que es el reglamento en materia de criterios de determinación y modalidades de inscripción de la entidades de mediación. En virtud de dicho decreto también se establece el Registro de los organismos de mediación y el Listado de las entidades formadoras en mediación.

El objetivo principal del legislador italiano a la hora de abordar esta reforma fue el de frenar el excesivo recurso a los tribunales que se estaba produciendo y reducir, en consecuencia, la abultada carga de trabajo atrasado que sufría el sistema de justicia italiano.

³¹⁰ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_fra_es.htm.

³¹¹ El Decreto es fruto de la delegación efectuada en virtud del art. 60 de la Ley 69/2009 de 18 de junio, “disposiciones para el desarrollo económico la simplificación y la competitividad en materia de proceso civil” (Legge 18 giugno 2009, n. 69 “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2009, Supplemento ordinario n. 95), de transposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo, en materia de mediación civil y mercantil.

El D.Lgs. 28/2010 regulaba dos tipos de mediación, una con carácter facultativo y otra obligatoria, además de un tercer tipo llamada *ope iudicis*.

En octubre de 2012, la *Corte Costituzionale* italiana declaró la inconstitucionalidad del D.Lgs. 28/2010 *per eccesso di delega legislativa*, es decir por entender que el Gobierno se había excedido en la delegación otorgada por el Parlamento para legislar en dicha materia. La inconstitucionalidad, sin embargo, no abarca a toda la norma, sino sólo a aquella parte en la que se había previsto el carácter obligatorio de la mediación. Dicha decisión vino motivada fundamentalmente por la presión y resistencia ejercida desde el colectivo de los abogados que desde un primer momento se mostraron reacios a la obligatoriedad de la mediación en ningún supuesto³¹².

Recientemente, tras la publicación en la *Gazzeta Ufficiale* de la Ley n. 98, de 9 de agosto de 2013, que recoge las modificaciones introducidas por el D. Lgs. 59/2013, la mediación vuelve a ser obligatoria para una serie específica de materias, si bien se establece un período de obligatoriedad de cuatro años, habiendo de realizarse por parte del Ministerio de Justicia, al final de los dos primeros años, un análisis o balance del resultado ofrecido durante este período a fin de examinar los posibles problemas que hayan podido surgir durante el mismo.

La mediación, según lo dispuesto en el art. 2 del D.Lgs., tiene carácter facultativo para todas aquellas controversias de carácter civil y comercial relativas a derechos disponibles para las partes, según lo dispuesto en el propio decreto, siendo pues la disponibilidad del derecho el único límite para intentar la mediación.

El intento de mediación es obligatorio en los supuestos enumerados en el art. 5.1 del D.Lgs., relativos a conflictos de vecindad, derechos reales, división, sucesiones hereditarias, pactos de familia, locación, comodato, alquiler de oficinas, resarcimiento de daños derivados de la circulación de vehículos y barcos, responsabilidad médica, difamación efectuada por medio de la prensa u otros medios de publicidad, contratos de seguros, bancarios y financieros.

³¹²<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidaAlDiritto/civile/civile/primiPiani/2012/10/leccesso-di-delega-affonda-la-mediazione.html>

También es obligatorio el intento de mediación, según lo dispuesto en el art. 5.5 del D.Lgs., en aquellos supuestos en que las partes se hubiesen comprometido, antes de surgir el conflicto, a acudir a la mediación como método para resolver la eventualidad del mismo, es decir que existiese una cláusula previa de sumisión expresa a dicha vía.

El tercer tipo de mediación, la mediación *ope iudicis*, se encuentra regulada en el art. 5.2 D.Lgs. y en este caso es el propio Juez el que podrá, en función de la naturaleza del asunto y de la actitud de las partes, aconsejar a las mismas que acudan a mediación para intentar resolver el conflicto, pudiendo hacerlo tanto en primera como en segunda instancia³¹³.

Los abogados tienen la obligación de informar a sus clientes por escrito sobre la posibilidad de intentar la mediación, bajo sanción de anulabilidad del contrato de servicios suscrito entre los mismos.

De la violación de la obligación de información cuando se trata de casos de mediación obligatoria hay que dar constancia antes de la primera audiencia, bien por las propias partes o bien de oficio; si no se hace así el procedimiento continua su curso, pero las partes pueden en tal caso solicitar la anulabilidad del contrato con su abogado y la derivación a mediación, pasando a considerarse en este caso como facultativa.

La solicitud de mediación habrá de hacerse ante organismo competente, que podrá ser público o privado, siendo las partes libres para elegir el que estimen conveniente³¹⁴.

En cualquier caso, dichos organismos habrán de estar inscritos en el Registro correspondiente, tener sus propios reglamentos de procedimiento y un código ético (art. 16).

Para la inscripción en el Registro hay que acreditar, entre otras condiciones, capacidad económica suficiente (tener un capital no inferior al necesario para la

³¹³ Vid. GRAZIA MISTÓ, P., *La nuova mediazione civile e commerciale*. D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, págs. 15-16.

³¹⁴ Vid. Decreto Ministerial de Actuación del D.Lgs. 28/2010.

constitución de una sociedad), disponer de un seguro de responsabilidad civil no inferior a 500.000 euros, y tener un número de mediadores no inferior a cinco, habiendo éstos de tener la formación y titulación necesaria.

Por lo que se refiere a la inscripción de las entidades formadoras de mediación, éstas igualmente habrán de acreditar su capacidad económica y de organización, así como la previsión e institución de un recorrido de formación no inferior a cincuenta horas, con cursos teóricos y prácticos para un máximo de treinta alumnos, que incluyan sesiones de simulación en las que habrán de participar todos ellos y una evaluación o prueba final de un mínimo de cuatro horas de duración que incluirá una parte teórica y una práctica.

La presentación de la solicitud de mediación produce la suspensión de los plazos de prescripción, pero no impide la adopción de las medidas cautelares o urgentes que fuere necesario adoptar.

Se ha previsto un procedimiento de mediación flexible, sin ningún tipo de formalidad (art.8) y el mismo tendrá una duración máxima de cuatro meses. Se ha regulado expresamente la confidencialidad del procedimiento, por lo que las declaraciones efectuadas por las partes, así como las informaciones recibidas durante el mismo no podrán ser utilizadas en el ulterior proceso en caso de que las partes no consigan acuerdo alguno. Tampoco el mediador podrá ser llamado como testigo al mismo.

Hay una cuestión que ha levantado alguna suspicacia y es la posibilidad, reconocida en el art. 11.2 del D.Lgs., de que el mediador pueda formular una propuesta de acuerdo a las partes en el que caso de que éstas no lo hayan alcanzado antes. Dicha propuesta dependerá de la discrecionalidad del mediador, si bien las partes también pueden solicitársela al mismo. Una vez que el mediador haya formulado su propuesta, las partes tienen un plazo de siete días para analizarla y formular su aceptación o rechazo, siendo entendido el silencio en sentido negativo, es decir como rechazo de la misma. La mayoría de las críticas a este precepto han venido motivadas, no tanto por la facultad del mediador de proponer soluciones, sino por las consecuencias que puede suponer para las partes el no aceptar la propuesta formulada por el mediador, ya que se prevé la

posibilidad de que el juez pueda condenar en costas a la parte que incluso gane el juicio cuando el contenido del fallo coincida con la propuesta de acuerdo que había sido formulada por el mediador y rechazada por la parte vencedora del pleito (art. 13.1)³¹⁵.

El acuerdo de mediación tiene carácter de título ejecutivo, pero necesita la homologación judicial, procediendo el Juez a un doble control formal y sustancial, velando en consecuencia porque dicho acuerdo no sea contrario al orden público o vulnere normas de carácter imperativo.

La mediación no es gratuita para las partes, por lo que éstas habrán de anticipar los gastos de inicio del procedimiento, fijados en cuarenta euros, y posteriormente hacer frente a los costes del mismo.

Los organismos privados podrán fijar las tarifas que tengan por conveniente, pero para las entidades públicas éstas vienen especificadas en el Decreto de actuación y varían en función de la cuantía discutida o del valor del conflicto. Si las partes, o alguna de ellas, gozan del beneficio de justicia gratuita, el mismo se hace extensible a los gastos derivados del proceso de mediación.

Para hacer más atractiva la mediación se ha previsto en la normativa italiana que las partes que se sometan a la misma gocen de determinados beneficios fiscales. Así, por ejemplo, en el caso de que las partes alcancen un acuerdo se les reconoce una deducción en los impuestos equivalente al importe que hayan tenido que abonar por la mediación, hasta un máximo de 500 euros.

5.- OTROS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Ya se han abordado los tres principales mecanismos de solución de conflictos, los más conocidos y los más utilizados que son la negociación, la conciliación y la mediación, pero existen otros muchos ADR que aún no son muy conocidos en España, pero que sin embargo gozan de gran predicación en otros ordenamientos, principalmente en Estados Unidos.

³¹⁵ Vid. http://www.legaltoday.com/practica-juridica/supranacional/d_ue/la-mediacion-mercantil-italia-vs-espana.

Como ponen de manifiesto SANDER y ROZDEICZER, la cuestión de elegir el mecanismo adecuado para un determinado conflicto presenta uno de los problemas más difíciles y aún no resuelto dentro del campo de los ADR, todos, abogados, clientes, personal de los juzgados, se hacen la misma pregunta, sin embargo es una cuestión que aún se encuentra pendiente de determinar claramente. Saber elegir o determinar cuál de entre todos los mecanismos de resolución de conflictos existentes en la actualidad es el más adecuado para un problema concreto, más que una ciencia es un arte³¹⁶.

A continuación voy a realizar una breve descripción de estos mecanismos, algunos de los cuales considero podrían tener perfecta cabida en nuestro ordenamiento en un hipotético sistema global de gestión y solución de conflictos donde las partes pudiesen elegir el método o la vía que entendiesen más conveniente.

5.1 MEDARB

El llamado método híbrido o Medarb combina la utilización de un medio autocompositivo con otro heterocompositivo, y como su propio nombre indica en primer lugar utilizaría como método la mediación y a continuación se emplearía el arbitraje.

El Medarb se presenta como un sistema de gran efectividad principalmente para aquellas cuestiones que requieran de una decisión final que tenga carácter vinculante para las partes, pero que a la vez, bien sea por la existencia de relaciones previas entre las mismas o por la naturaleza de las materias que quieran debatir, permitan a éstas discutir de forma previa los puntos de controversia con el objetivo de intentar por ellas mismas acuerdos totales o parciales sobre dichos puntos, antes de someterlos a la decisión de un tercero.

En primer lugar, las partes someterían su disputa a un proceso de mediación ante el mediador que ellas previamente hayan elegido y si no consiguen ponerse de acuerdo sobre alguna cuestión que hayan debatido, el mediador pasaría a convertirse en árbitro resolviendo mediante laudo la controversia pendiente, o

³¹⁶ SANDER, F. y ROZDEICZER, L., "Selecting an Appropriate Dispute Resolution Procedure. Detailed analysis and simplified solution", en MOFFITT, M.L. y BORDONE, R.C., *The Handbook of Dispute...*, op. cit., pág. 386.

bien acudirían a un árbitro distinto al que ha actuado como mediador. Normalmente en el laudo se recogerán los asuntos resueltos por el árbitro, así como los posibles acuerdos que hayan sido alcanzados por las partes durante el proceso de mediación.

Es una figura aún no muy conocida ni utilizada en nuestro país, a diferencia de otros donde está cobrando un mayor impulso³¹⁷.

Como se ha señalado, existen dos variantes del Medarb, una donde el mediador, en caso de no fructificar en un acuerdo el proceso de mediación, pasaría automáticamente a convertirse en árbitro, habiendo de dictar un laudo que resuelva definitivamente la cuestión litigiosa, y otra, más generalizada en su uso, donde primero actuaría el mediador y se preselecciona a un tercero distinto, que puede ser una única persona o varias, para que pueda o puedan actuar como árbitros en caso de no llegarse a una solución en la mediación.

Ambas figuras tienen sus ventajas y sus inconvenientes y, en este sentido, comparto la argumentación efectuada por SAIZ GARITAONAENDÍA y VALL RIUS³¹⁸.

Sostienen los citados autores que en el caso de la primera de las variables de Medarb, es decir cuando el mediador se convierte en árbitro en caso de no fructificar con acuerdo la mediación, las partes son conscientes desde el inicio del proceso de mediación de que su mediador será, de no concluir exitosamente dicha fase, el árbitro que resolverá la disputa en la segunda parte del proceso, por lo que su predisposición a colaborar y a dar información se verá condicionada, toda vez

³¹⁷ Señala VALL RIUS que “en Estados Unidos una minoría de abogados y otros profesionales han denostado la mediación y otras técnicas de gestión cooperativa de conflictos, simplemente por no ser vinculantes y por ello percibidas como débiles y de resolución incierta, frente a la respuesta obligatoria emanada de la jurisdicción tradicional. Por ello, el Medarb se presenta como una técnica híbrida que supone, para algunos, una vía para paliar la posible preocupación respecto al resultado incierto y la naturaleza no vinculante de la mediación, ya que el Medarb garantiza, en todo caso, la resolución de la controversia, ya sea por las propias partes, a través de la mediación inicial, ya sea por el árbitro, que finalmente emite una solución en forma de laudo, si la mediación no ha conducido a acuerdos”. Véase, VALL RIUS, A., “Gestión cooperativa de conflictos: Medarb y otras figuras posibles”, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de...*, op. cit., pág. 93.

³¹⁸ Véase, SAIZ GARITAONENDIA, A., “Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., págs. 80-83 y VALL RIUS, A., “Gestión cooperativa de conflictos: Medarb y otras figuras posibles”, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de...*, op. cit., págs. 93-96.

que la misma podría ser utilizada de forma contraria a sus intereses por el mediador cuando éste actúe como árbitro.

Desde este punto de vista, parece obvio que este sistema de Medarb puede desincentivar y dificultar el proceso de mediación, ya que ante la posibilidad de encontrarse frente a su futuro árbitro, las partes intentarán priorizar sus intereses en detrimento de las posibilidades de llegar a un acuerdo consensuado en dicha fase. Esta carencia de información por parte del mediador y la actitud poco colaboradora y defensiva de las partes limitará enormemente las posibilidades de éxito de la primera fase de mediación.

Por otra parte, el papel del mediador también es complicado, ya que en caso de no concluir la mediación con acuerdo, habrá de decidir como árbitro la cuestión controvertida. En este supuesto, el árbitro puede estar “contaminado” por toda la información, confidencias o concesiones que las partes hayan podido realizar durante sus negociaciones en el proceso de mediación, por lo que la supuesta imparcialidad que se presume del mismo como tercero neutral que ha de resolver el conflicto puede quedar en entredicho o verse seriamente afectada. El hecho de que la persona que actúa como mediador en un conflicto pueda posteriormente constituirse en árbitro de la misma cuestión sin duda es problemático, ya que aunque su independencia respecto de las partes pueda estar perfecta y objetivamente establecida, su imparcialidad sí que en cierta medida ha podido verse afectada por haber estado expuesta a confidencialidades propias del proceso de mediación pero totalmente ajenas o impropias de un proceso de arbitraje.

En cuanto a la posición o postura que tomen las partes en el proceso de mediación, cabe también el riesgo de que éstas, adopten desde el principio una estrategia dirigida a persuadir y convencer al mediador – futuro árbitro – de la bondad y justicia de sus posiciones y argumentos, olvidándose por tanto de adoptar una actitud colaborativa en orden a la consecución de acuerdo que satisfaga adecuadamente los intereses de ambas. Por tanto, la primera fase del procedimiento puede quedar desvirtuada, pues es posible que las partes no la afronten con la actitud constructiva y dialogante que debe caracterizar el período de mediación para que éste pueda ser satisfactorio y exitoso.

Otro de los problemas que puede surgir en esta fase es el proceder inadecuado de un mediador que no tenga mucha experiencia y que intente llevar prematuramente a las partes hacia el arbitraje si percibe pocos avances en el proceso de mediación. Como dice VALL RIUS, “para evitarlo, el tercero ha de actuar intentando gestionar los temas en disputa, preferentemente bajo los parámetros de la mediación, motivando a las partes a gestionar, cooperar y resolver por sí mismas, con paciencia y sin forzar situaciones no deseadas. En ningún caso debe precipitar el cambio de método, sin estar completamente seguro de que las partes ni desean, ni pueden seguir adelante con la mediación”.

Respecto de las ventajas que presenta este modelo, la primera de ellas es precisamente de uno de los inconvenientes que se apuntaban anteriormente y es el conocimiento del conflicto adquirido por el árbitro durante el proceso de mediación. Efectivamente, el tercero en el proceso de mediación va a tomar contacto, tanto con las partes como con el conflicto, de forma intensa y profunda, lo que le llevará a adquirir un exhaustivo conocimiento de la cuestión que, en su caso, agilizará y favorecerá el procedimiento de arbitraje posterior, pudiendo llevar a acortar su duración y a una solución más fundamentada que si se tratase de un simple procedimiento de arbitraje común.

Por otra parte, la posibilidad de una decisión con carácter vinculante adoptada por el tercero, que llegará, en todo caso, si las partes no consiguen consensuar una decisión propia, puede resultar un indudable estímulo para animar a éstas a intentar resolver por ellas mismas la controversia evitando la decisión arbitral.

A todas estas ventajas habría que añadir que los costes del procedimiento se reducen notablemente, pues sólo habría que afrontar la remuneración de una persona que ha ejercido las funciones de mediador y de árbitro en un proceso temporalmente más reducido.

No hay que olvidar tampoco que la cláusula o compromiso previo de finalizar el proceso de mediación e iniciar el arbitraje, propia del Medarb, ha sido voluntariamente solicitada y aceptada por las propias partes, por lo que se presupone una predisposición o voluntad de las partes de alcanzar algún tipo de acuerdo durante el proceso de mediación, en otro caso habrían optado

directamente por acudir al arbitraje a fin de economizar tiempo y recursos económicos.

Como pone de manifiesto SAIZ GARITAONAENDÍA, refiriéndose a esta primera variante, “el Medarb aporta ventajas evidentes, pero genera también dudas tanto por lo que respecta a la actitud reticente que pueden tomar las partes en la fase de mediación, al percibir al mediador como el futuro árbitro (el dilema *mediador-futuro árbitro*), como por los problemas de potencial parcialidad que se ciernen sobre el árbitro al haber desarrollado previamente la mediación sobre la cuestión a decidir (el dilema *árbitro-antiguo mediador*)”.

Los anteriores problemas referidos desaparecen si las personas que han de actuar como mediador y como árbitro son distintas. A esta segunda variante del Medarb, la denomina el citado autor “med+arb”, toda vez que entiende que más que un híbrido es una fórmula de acumulación de las dos instituciones, pues prevé una mediación y, en su caso, un arbitraje posterior, desarrollados por diferentes personas.

Esta segunda variable del Medarb, supera los problemas de posibles suspicacias o reticencias de las partes ante el mediador y de posible parcialidad o pérdida de neutralidad del futuro árbitro que haya de actuar para decidir el conflicto.

Además, garantiza en todo caso una resolución vinculante, sin abandonar las virtudes de la mediación, que se proyectan en toda su extensión y sin ningún tipo de traba en la primera fase del procedimiento.

Como problemas de esta segunda variante de Medarb, se podrían apuntar precisamente algunas de las ventajas que se han señalado para la primera.

Así, el árbitro habrá de partir de cero en su trabajo, desde una posición de total desconocimiento del conflicto, lo que le obligará a desarrollar el proceso arbitral desde su inicio y en toda su extensión, por lo que el procedimiento se alargará considerablemente en el tiempo al tener el árbitro que recabar toda la información de las partes para hacerse una debida composición de la cuestión controvertida, con la subsiguiente pérdida de agilidad, pues las partes deberán en muchas

ocasiones reiterar ante el árbitro declaraciones o informaciones ya prestadas ante el mediador.

Además del incremento de costes temporales, el coste económico del procedimiento, obviamente es mayor, al tener que afrontarse el gasto de dos profesionales distintos, el mediador y el árbitro o árbitros.

Como apunta SAIZ GARITAONAENDÍA, una tercera posibilidad en un intento de superar los inconvenientes expuestos del Medarb, es limitar la capacidad decisoria del tercero en la fase arbitral. Dice el citado autor que “en este caso, nos encontramos con un tercero que, tras desarrollar funciones de mediador sin éxito, pasa a la fase arbitral. Dicha fase concluirá, no ya con una resolución vinculante, sino con una recomendación o propuesta en la que el árbitro expondrá su opinión sobre el conflicto en cuestión, indicando cuál sería su decisión sobre el mismo para el supuesto de estar investido con capacidad decisoria. Esta variable supera los inconvenientes precitados, pues tanto las suspicacias de las partes y sus posibles recelos ante el futuro árbitro, como los problemas vinculados a la imparcialidad del mismo no juegan como elementos determinantes del modelo. Con todo, nos retrotrae al gran dilema de con el que se encuentra la mediación: la ausencia de resolución vinculante, que entrañaría la necesidad de acudir ante otro tercero, juez o árbitro, que emita dicha resolución, extremo éste que encarecería y alargaría la conclusión del procedimiento”.

En cualquier caso, se utilice el modelo que se utilice, algunas de las cuestiones, si son varias las que se plantean en el conflicto, pueden ser resueltas durante la primera fase, es decir durante el proceso de mediación, por lo que únicamente se debatirían en el arbitraje aquellos puntos que hayan quedado pendientes de resolver, habiendo el árbitro de pronunciarse sólo sobre éstos.

En el proceso de Medarb, la mediación siempre tendrá carácter prioritario, de hecho es el primero de los sistemas que se utiliza. Se ha intentado que las partes, con la ayuda del mediador, consigan por sí mismas alcanzar una solución consensuada, ya que siempre será mayor el grado de identificación y de satisfacción de las partes con el resultado y, en consecuencia, más fácil el cumplimiento de los acuerdos

logrados por ellas mismas, que una solución impuesta por un tercero de forma obligatoria.

Respecto de la forma de articular el Medarb con un mismo profesional, que asuma los papeles de mediador y árbitro, se prepara un contrato entre las partes y el tercero con una cláusula en la cual se comprometen a que si el desarrollo de la mediación no consigue conducirles a un acuerdo, las partes continuarán con la gestión del conflicto hasta su resolución, pero en este caso cambiando el mecanismo de resolución del conflicto, es decir cerrando la mediación e iniciando un arbitraje, de forma que se asegura la resolución de la controversia, ya sea directamente por las partes en el proceso de mediación, o bien mediante el laudo que dicte el mediador convertido en árbitro que zanjará definitivamente la misma. En esta cláusula se pueden incluir estipulaciones a fin de garantizar el compromiso del tercero sobre su confidencialidad y neutralidad, tanto durante el proceso de mediación como a lo largo, en su caso, del posterior arbitraje, así como sobre la imposibilidad de hacer uso de cualquier tipo de información que éste haya podido recibir durante el proceso de mediación.

Si son profesionales distintos los que van a actuar en el Medarb, la fórmula básicamente es la misma, así las partes firmarán con el mediador y el árbitro o árbitros previamente seleccionados, un contrato en el que se recoja el compromiso de iniciar un proceso de mediación, y, en caso de que éste no finalizase con acuerdo, iniciar el arbitraje.

Por lo que respecta a las cuestiones que pueden ser susceptibles de ser sometidas a Medarb, obviamente, al igual que el arbitraje y la mediación, sólo cabrá sobre materias que tengan carácter dispositivo para las partes³¹⁹.

³¹⁹ En este sentido, en el art. 2.1 de la Ley 60/2003, de 21 de diciembre, de Arbitraje, se establece: "Artículo 2. Materias objeto de arbitraje. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho." Y en el art. 9.1 del mismo texto legal: "Artículo 9 1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual."

5.2 FACILITACIÓN

Básicamente la facilitación consiste en ayudar a otras personas a alcanzar sus objetivos, entre los que se puede encontrar la resolución de una disputa. El énfasis se centra pues en asistir a las partes y facilitarles que puedan conseguir sus objetivos, son por tanto las propias partes las que deciden respetar la decisión a la que ellas mismas han llegado, no existe ninguna evaluación del conflicto por parte del tercero interviniente quien se limita simplemente a facilitar dicho acuerdo³²⁰.

Si una persona, un tercero, es llamado a una reunión entre otras personas o a una negociación, se entiende que es porque puede aportar algo positivo, porque puede ayudar a desbloquear una situación que las partes en conflicto han sido incapaces por sí mismas de solucionar.

Más que en conflictos entre dos partes, la facilitación se suele utilizar en conflictos de grupo, por lo que el facilitador, independientemente de su personalidad y cualidades, habrá de poseer habilidades específicas en dinámica y comportamientos de grupo referidas tanto al manejo del proceso, como a la experiencia que pueda acreditar en la materia objeto de la facilitación³²¹.

Tal y como señala SINGER, “los *facilitadores* actúan como moderadores en grandes reuniones y aseguran que todos pueden intervenir y ser escuchados. No se espera de ellos que se ofrezcan voluntariamente a expresar sus propias ideas, ni que participen activamente en animar a las partes a alcanzar un acuerdo”³²².

Hay una gran variedad de perspectivas en torno a la facilitación, así hay facilitadores que opinan que el proceso ha de ser completamente democrático y basado en el absoluto consenso, y hay quienes opinan que el facilitador ha de proyectar un nivel de autoridad que varía en intensidad según las circunstancias en las que se encuentre el grupo en cada momento.

³²⁰ Vid. GUMBINER, K., “An Overview of Alternative Dispute Resolution”, en ATLAS, N.F., HUBER, S.K. y TRACHTE-HUBER, E.W. (Eds.), *Alternative Dispute Resolution...*, op. cit., pág. 2.

³²¹ MAYER, B., *The Dynamics of Conflict Resolution. A Practitioner's Guide*, Jossey-Bass, San Francisco, 2000, pág. 226.

³²² SINGER, L.R., *Resolución de conflictos...*, op. cit. pág. 43.

Se trata de un método autocompositivo de resolución de conflictos bastante utilizado en los sistemas anglosajones, fundamentalmente en Estados Unidos, pero aún bastante desconocido en los países de tradición jurídica civilista como el nuestro.

También se utiliza el término “facilitación” o “facilitativa” para referirse a una forma de hacer de mediación, donde el mediador se limita a guiar el proceso de comunicación entre las partes, intentando que las mismas sean capaces de abrirse a las necesidades e intereses de la otra, pero sin entrar en ningún tipo de evaluación sobre lo que constituye el fondo de la cuestión litigiosa³²³.

5.3 EVALUACIÓN NEUTRAL O EVALUACIÓN DE EXPERTOS

En muchas ocasiones, y en función de la especial naturaleza o complejidad del asunto a tratar, puede ser más recomendable acudir a un especialista en la materia sobre la que verse el conflicto que delegar en un juez, o incluso en las propias partes, la opinión sobre cómo ha de resolverse dicha cuestión. Las partes van a acudir a este tercero neutral, precisamente por sus conocimientos sustantivos en la materia en la que se centra la disputa³²⁴.

La Evaluación Neutral consiste en la intervención de un tercero experto e independiente, cuya función va a ser la de emitir un informe respecto de las posiciones y argumentos de las partes en conflicto, así como una serie de recomendaciones sobre las que dichas partes puedan construir su propio acuerdo y resolver sus desavenencias.

Como apuntan ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, “la implantación de mecanismos de sujeción a la opinión de expertos independientes en litigios de trasfondo técnico es la forma más lógica y racional de resolver las controversias. No se trata propiamente de un arbitraje, sino de la emisión de una opinión científica encargada por las dos partes que, además, no es vinculante, por lo que tiene la ventaja de que si una de las partes considera que el experto ha emitido el dictamen, con base en algún error, no está obligada a someterse a él ni a aceptar la

³²³ Vid. RAU, A.S., SHERMAN, E.F. y PEPPEY, S.R., *Mediation and other non-binding processes*, 2ª ed., Foundation Press, New York, 2002, pág. 220.

³²⁴ MAYER, B., *The Dynamics of Conflict Resolution...*, op. cit., pág. 236.

solución ofrecida, sino que puede acudir a la vía judicial para exponer sus razones, ante la que ya se partirá de un trabajo previamente hecho. En estos casos la diferencia sujeta a decisión, sometida a la decisión de otros peritos, estará muy concreta y precisada”³²⁵.

En ocasiones, el uso de estos terceros neutrales también puede tener lugar dentro de otro proceso de resolución de conflictos, por ejemplo dentro de un proceso judicial, de un arbitraje o de una mediación³²⁶.

Los evaluadores son profesionales, expertos en diversidad de disciplinas, cuya función consistirá precisamente en evaluar técnicamente los asuntos conflictivos entre las partes, pero no tienen autoridad para imponer una solución a las mismas.

En la preparación de su informe, el evaluador habrá de regirse de conformidad con los códigos deontológicos propios de su actividad profesional.

El evaluador es libremente designado por las partes de común acuerdo, por lo que desde su imparcialidad y experiencia profesional su trabajo será el de ayudar a las mismas a valorar sus respectivas posturas, planteándoles posteriormente cuál o cuáles podrían ser las bases sobre las que pueden trabajar un acuerdo duradero que satisfaga los intereses de ambas.

La evaluación neutral no termina con la imposición por parte del evaluador de una solución al conflicto, sino con el acuerdo de las propias partes como resultado de la intervención y recomendaciones de aquél. Por tanto, todo depende de los interesados que son desde el inicio los protagonistas del proceso y de la posible solución.

La evaluación neutral tiene su fundamento en la equidad y privacidad, así como en la libertad de las personas para solucionar sus propios problemas.

Como se ha comentado anteriormente, los evaluadores habrán de ser totalmente imparciales respecto de las partes, habiendo de ceñirse su trabajo a la valoración

³²⁵ ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de...”, op. cit., pág. 31.

³²⁶ Vid. GUMBINER, K., “An Overview of Alternative Dispute Resolution”, en ATLAS, N.F., HUBER, S.K. y TRACHTE-HUBER, E.W. (Eds.), *Alternative Dispute Resolution...*, op. cit., págs. 3-4.

del problema y a dar su opinión acerca de la forma en la que podría resolverse el mismo³²⁷.

Además, toda la información que las partes presten al evaluador tendrá carácter absolutamente confidencial, por lo que éste en ningún caso podrá divulgar a terceros ninguna cuestión relativa a los asuntos o documentos tratados por las partes con él.

El proceso de evaluación neutral se inicia normalmente mediante un escrito conjunto de ambas partes a la entidad o al centro administrador de dicho servicio, el cual remitirá a las mismas una lista para que puedan elegir al evaluador que deseen. Simultáneamente, se suelen enviar también a ambas partes formularios idénticos para que seleccionen una fecha de reunión con el evaluador que designen.

Una vez designado, el evaluador requerirá a las partes la documentación y argumentos escritos que éstas consideren oportunos en apoyo de sus respectivas posiciones, con el fin de estudiarlos y llegar a un mejor entendimiento de la controversia antes de reunirse conjuntamente con ellas.

Una vez celebrada la reunión con las partes, el evaluador podrá pedir a las mismas que hagan sus conclusiones por escrito y posteriormente emitirá su informe.

La reunión con las partes no tiene carácter obligatorio, es decir el evaluador podrá redactar su informe sólo con la información que le haya sido proporcionada por las partes, ahora bien si cualquiera de ellas solicita la reunión ésta habrá de celebrarse.

Las partes tienen la posibilidad de asistirse de los profesionales que consideren oportuno durante todo el proceso³²⁸.

Respecto al coste, señalan ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA “que su implantación no es costosa, puesto que se basa en el fomento de la introducción de cláusulas en los contratos de sometimiento a estas opiniones de expertos, antes de

³²⁷ Vid. COOLEY, J.W., *The Mediator's Handbook. Advanced Practice Guide for Civil Litigation*, NITA Editorial Board, Notre Dame, Indiana, 2000, págs..258-259.

³²⁸ Vid. <http://aryme.com/metodos-adr/evaluacion-neutral>.

acudir a la vía judicial, y a la promoción de este sistema desde las propias facultades de derecho, en los colegios profesionales y, especialmente en la práctica de la abogacía”³²⁹.

5.4 ADJUDICACIÓN

Es un método similar a la evaluación neutral, con la particularidad de que las partes pueden conferirle carácter vinculante. Suele utilizarse principalmente en el ámbito de la construcción, aunque se puede extrapolar a otros³³⁰.

En este caso, un experto en el ámbito de la construcción, o de la materia en concreto de que se trate, estudia los argumentos y documentación aportados por las partes y, tras una o varias reuniones con las mismas a fin de obtener las aclaraciones o precisiones que tenga por oportuno, emite una decisión, que si bien no es definitiva, es de obligado cumplimiento temporalmente para las partes.

El objetivo principal es resolver posibles problemas que puedan surgir en sectores específicos, como puede ser el de la construcción, en el que concurren múltiples partes (empresa constructora, arquitectos, aparejadores, contratistas, subcontratistas, entidades financieras, etc.) y en el que por la naturaleza de dichos problemas, se precisa una rápida solución temporal para los mismos, con el fin de no perjudicar el curso de los trabajos iniciados.

El adjudicador puede solicitar pruebas, hablar con las partes implicadas cuantas veces tenga por conveniente y reunirse con las mismas por separado o conjuntamente, es decir tiene un control absoluto sobre el proceso.

La adjudicación se suele acordar por las partes en el propio contrato y como recurso a utilizar en caso de conflicto con carácter previo a la interposición de un proceso judicial o a un arbitraje.

Normalmente, las partes que hacen uso de este mecanismo se suelen reservar el derecho de acudir posteriormente, una vez finalizada la obra o proyecto, a un arbitraje o a un proceso judicial a fin de resolver definitivamente la cuestión

³²⁹ ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de...”, op. cit., pág. 32.

³³⁰ Vid. MAYER, B., *The Dynamics of Conflict Resolution...*, op. cit., pág. 229.

litigiosa, si bien, como se ha comentado, la decisión del adjudicador es de obligado cumplimiento temporalmente para las partes con el fin de no paralizar los trabajos que se estén realizando³³¹.

Es un recurso más sencillo, barato, informal y mucho más rápido que un arbitraje o que un proceso judicial.

5.5 PARTNERING

Una de las nuevas formas emergentes de ADR es el *partnering*, que si bien viene siendo utilizado con bastante frecuencia en el mundo de la construcción también está empezando a desarrollarse cada vez más en otras áreas³³².

Es un método que consiste en la alianza de personas clave que concurren en un proyecto de envergadura de múltiples partes, cuyo objetivo es la construcción de un marco mutuo de confianza que facilite y promueva el diálogo para evitar posibles disputas. Aunque también se utiliza para resolver disputas, su principal objetivo es evitarlas.

Como señala HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “más que un modelo de resolución de litigios, el *Partnering* es un mecanismo de prevención de diferencias. Ha sido, precisamente, esta voluntad común de las partes implicadas en la realización de un proyecto común de construcción de establecer un *modus vivendi* aceptable para todas ellas durante la ejecución del contrato, la que ha originado en Estados Unidos el surgimiento de esta nueva técnica”³³³.

La razón que suele llevar a las empresas a formar estas alianzas es la complejidad del proyecto en el que las mismas han de trabajar, así como la complejidad de sus propias estructuras organizativas y sus metas tanto personales como corporativas.

La organización de un modelo de *partnering* es muy complicada ya que no sólo ha de promover la fluidez en el intercambio de opiniones, sino que además ha de

³³¹ <http://aryme.com/metodos-adr/adjudicacion>.

³³² Vid. GRENIG, J.E., *ADR Practice Guide*, op. cit., Cáp. 1-9.

³³³ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales de construcción”, en GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2010, pág. 211.

estructurarse para la resolución eficaz de conflictos a distintos niveles colaborativos entre los equipos de trabajo de las organizaciones que participan en el proyecto global.

Así, el “partnering” se ha de estructurar a distintos niveles, desde el ejecutivo responsable hasta los inferiores y para ello utilizará distintos sistemas extrajudiciales de solución de posibles conflictos, primando en todo caso los métodos evaluativos en primera instancia, los no vinculantes en segundo lugar y, sólo cuando no hay otra solución posible, alternativas vinculantes en sus distintas modalidades.

Para ello se nombra a una o varias personas ajenas al proyecto que actuarán como facilitadores, evaluadores, mediadores o árbitros, dependiendo de la naturaleza e idiosincrasia del conflicto. Todas estas personas estarán a disposición del proyecto mientras dure el mismo.

Para que este modelo tenga éxito es fundamental la comunicación fluida entre las partes intervinientes en el proyecto, la confianza y la forma en que se canalice y desarrolle el sistema³³⁴.

5.6 MINI-TRIAL O MINI-JUICIO

También muy utilizado, sobre todo en Estados Unidos, y diferente a cualquier otro mecanismo extrajudicial de solución de conflictos es el llamado *Mini-Trial* o Mini-Juicio, que pretende involucrar a las partes implicadas en una disputa en una solución negociada³³⁵.

El proceso se iniciará cuando ambas partes de mutuo acuerdo lo decidan. Las partes en todo momento estarán asistidas de sus respectivas representaciones legales y el tercero neutral será también un abogado³³⁶.

Así, las mismas presentarán al neutral sus respectivas “demandas” que habrán de contener tanto los hechos como los fundamentos de derecho que los sustenten y

³³⁴ Vid. NAOUM, S., “An overview into the concept of partnering, en *International Journal of Project Management*, 2003, págs.71-76.

³³⁵ Vid. PUJADAS TORTOSA, V., “Los ADR en Estados Unidos...”, op. cit., págs. 108-109.

³³⁶ Vid. COSTELLO, E.J., “Whether and When to use Alternative Dispute Resolution”, en ATLAS, N.F., HUBER, S.K. y TRACHTE-HUBER, E.W. (Eds.), *Alternative Dispute Resolution...*, op. cit., págs. 18-19.

los documentos que justifiquen dichas pretensiones. Posteriormente, el tercero señalará una fecha para que tenga lugar la audiencia con las partes y sus respectivos abogados.

En dicha audiencia los abogados presentarán ante el “tribunal” sus respectivas posiciones, tras lo cual las partes, asistidas por el tercero que actúa como presidente del mismo, comenzarán a negociar una solución a su controversia en privado, si bien, si lo consideran oportuno, pueden consultar a sus respectivos abogados en cualquier momento.

Si las partes no consiguiesen alcanzar alguna solución a su disputa, el tercero emitirá un informe en el que, de conformidad con su experiencia profesional, adelantará a las mismas cuál sería a su entender el resultado de un futuro proceso judicial sobre la cuestión controvertida, dando además a las partes una serie de recomendaciones sobre cómo podrían intentar resolver las cuestiones en las que no han sido capaces de alcanzar un acuerdo. En dicho informe se harán constar por el tercero los antecedentes de hecho, legislación y jurisprudencia, consideraciones materiales y procesales, así como las consecuencias jurídicas que el mismo estime oportunas³³⁷.

Después de dicho informe, las partes habrán de reunirse en una segunda audiencia para continuar sus negociaciones en base a las recomendaciones emitidas por el tercero. Si siguiesen sin alcanzar acuerdo, las partes podrán abandonar el proceso o bien presentar al neutral sus últimas propuestas por escrito a fin de que éste plantee sus últimas recomendaciones.

El tercero neutral no tiene en ningún caso autoridad para imponer solución alguna a las partes, limitándose su actividad a escucharlas y a emitir los informes y opiniones que según sus conocimientos y experiencia puedan ayudar a las mismas a conseguir una solución acordada para su disputa, respetando en todo caso su imparcialidad³³⁸.

³³⁷ Vid. COOLEY, J.W., *The Mediator's Handbook...*, op. cit., págs. 253-255.

³³⁸ GUMBINER, K., “An Overview of Alternative Dispute Resolution”, en ATLAS, N.F., HUBER, S.K. y TRACHTE-HUBER, E.W. (Eds.), *Alternative Dispute Resolution...*, op. cit., pág. 14.

El tercero al final del procedimiento está obligado a devolver a las partes toda la documentación que le haya sido entregada y no podrá en ningún caso intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral iniciado con posterioridad por las mismas partes sobre la cuestión litigiosa por él tratada.

5.7 SUMMARY JURY TRIAL

El *Summary Jury Trial* es un método de solución de conflictos fuertemente consolidado en Estados Unidos y, de hecho, forma parte del sistema de justicia americano al encontrarse integrado en programas judiciales que ofrecen el mismo como alternativa al proceso clásico. Fue introducido en dichos programas judiciales en 1980 por el juez Thomas Lambros del *United District Court for the Northern District of Ohio*, con el fin de intentar aliviar la carga de trabajo de los tribunales civiles³³⁹.

Se trata, como su nombre indica, de un juicio sumario realizado a través de un jurado que tras estudiar y debatir el asunto emitirá un veredicto que no tiene carácter vinculante para las partes, pero que adelanta a éstas el posible resultado que podrían obtener de someter el asunto a los tribunales.

Es un método especialmente adecuado cuando las cuestiones a debatir son de carácter esencialmente jurídico y se inicia cuando las partes ya han finalizado la búsqueda de pruebas y han resuelto los posibles problemas accesorios de su disputa, de forma que ya tienen centrada la principal cuestión o cuestiones controvertidas³⁴⁰.

Las partes en primer lugar han de exponer al juez que va a presidir el jurado sus respectivas alegaciones y éste posteriormente convocará a las mismas para la reunión con jurado integrado por seis miembros escogidos de la lista ordinaria que obre en el propio tribunal.

Una vez reunidas las partes con el jurado, los abogados de éstas harán sus alegaciones y presentarán sus pruebas, ya que se pretende que el veredicto del

³³⁹ COOLEY, J.W., *The Mediator's Handbook...*, op. cit., pág. 251.

³⁴⁰ Vid. PUJADAS TORTOSA, V., "Los ADR en Estados Unidos...", op. cit., pág. 108.

jurado sea lo más fundamentado posible. Algunos tribunales admiten la práctica de prueba testifical, aunque no es muy usual.

Efectuadas las correspondientes alegaciones, el juez ilustra a los miembros del jurado sobre las previsiones legales respecto de la cuestión controvertida, tras lo cual se habrá de emitir un veredicto consensuado y debidamente motivado, y, en caso de que no haya consenso, los miembros del jurado podrán emitir veredictos individuales.

Conocido el veredicto, las partes podrán formular a los miembros del jurado cuantas aclaraciones y preguntas tengan por conveniente acerca de la fundamentación o razones de éste, lo cual es importante porque les ayuda a conocer los argumentos, hechos o pruebas que más han podido pesar en la adopción de dicho veredicto.

Luego las partes habrán de negociar a fin de intentar llegar a una solución a la vista de las conclusiones obtenidas por el jurado, pudiendo llegar al acuerdo que tengan por conveniente, que no tiene en absoluto porqué coincidir con el veredicto emitido.

Si no llegan a ningún tipo de acuerdo tienen abierta nuevamente la vía judicial para intentar resolver el conflicto, aunque toda la información, comunicaciones, alegaciones y afirmaciones realizadas durante el *Summary Jury Trial* no podrán ser utilizadas como prueba en el ulterior proceso ante el tribunal.

El proceso normalmente suele durar un día, aunque puede alargarse más si el asunto es muy complejo³⁴¹.

Como críticas a este método de resolución de conflictos, se alega su complejidad, ya que requiere una serie de preparativos y de medios personales que no se necesitan en otros mecanismos y, además, consecuencia de lo anterior, el costo económico del mismo, resultando excesivamente caro para las partes³⁴².

³⁴¹ Vid. COOLEY, J.W., *The Mediator's Handbook...*, op. cit., págs. 251-253.

³⁴² GUMBINER, K., "An Overview of Alternative Dispute Resolution", en ATLAS, N.F., HUBER, S.K. y TRACHTE-HUBER, E.W. (Eds.), *Alternative Dispute Resolution...*, op. cit., pág. 14.

5.8 PRIVATE JUDGING

Existen otras fórmulas de colaboración para la resolución de conflictos que son habitualmente utilizadas en Estados Unidos, como la intervención de jueces retirados o de abogados que son llamados por su prestigio o experiencia para ayudar a resolver un determinado litigio³⁴³.

Así, en la mayoría de los Estados está permitido que las partes inmersas en un conflicto puedan designar a un tercero, llamado *private judging* o *rent-a-judge*, que normalmente suele ser un juez retirado, a fin de que emita su pronunciamiento sobre el asunto³⁴⁴.

Los poderes de este tercero, los efectos de su decisión y las materias que pueden ser sometidas al mismo, son cuestiones que varían dependiendo de la legislación de los Estados. En algunos Estados este método de solución de conflictos se encuentra incluso integrado en programas judiciales, pudiendo las partes ser compelidas a acudir al mismo³⁴⁵.

También, por ejemplo, se prevé en la *Federal Magistrates Act* que se puedan modificar las funciones estatutarias de los magistrados federales si son requeridos para ayudar en la resolución de un asunto concreto por una Corte de Distrito, actuando en tal caso no como jueces directores del procedimiento, sino como expertos en un campo determinado que van a prestar sus conocimientos al juez principal a fin de que éste pueda resolver adecuadamente el litigio.

Como desventajas de este método de resolución de conflictos se apunta que puede resultar más caro incluso que el propio procedimiento judicial, que la participación de las partes es más bien escasa, delegando en la figura del tercero la solución del conflicto y que su utilidad radica en la resolución de conflictos que sean meramente jurídicos³⁴⁶.

³⁴³ Vid. COSTELLO, E.J., "Whether and When to use Alternative Dispute Resolution", en ATLAS, N.F., HUBER, S.K. y TRACHTE-HUBER, E.W. (Eds.), *Alternative Dispute Resolution...*, op. cit., pág. 19.

³⁴⁴ GRENIG, J.E., *ADR Practice Guide*, op. cit., pág. 560.

³⁴⁵ Vid. PUJADAS TORTOSA, V., "Los ADR en Estados Unidos...", op. cit., pág. 111.

³⁴⁶ GRENIG, J.E., *ADR Practice Guide*, op. cit., pág. 563.

5.9 SPECIAL MASTER

En Estados Unidos, la *Federal Rule of Civil Procedure 53* creó la figura del *special master*, que es un adjunto al tribunal cuyo papel es el de prestar al mismo asistencia especializada sobre determinadas cuestiones en casos especialmente complejos. Las partes, normalmente, han de prestar su consentimiento a la designación del *special master*, pero si no lo hacen y el tribunal entiende que es necesaria la participación del mismo, podrá hacerlo sin dicho consentimiento³⁴⁷.

Así, se permite que el tribunal que esté conociendo de un determinado asunto pueda designar un *special master*, que es un tercero neutral que va a colaborar con el juzgado puntualmente resolviendo un incidente, recibiendo prueba, realizando actuaciones concretas o actuando como mediador entre las partes.

Es esencial la imparcialidad del tercero interviniente y su retribución será fijada por el propio tribunal que lo designa. Sus funciones vendrán determinadas en la resolución por la que acuerda su nombramiento³⁴⁸.

5.10 OMBUDSMAN

Es una figura, cuyo origen se encuentra en los países nórdicos, y representa a un defensor de intereses, que bien pueden ser del pueblo, de menores, de consumidores o de cualquier otro colectivo³⁴⁹.

El Defensor raramente está concebido y estructurado para resolver quejas o conflictos concretos, sino más bien para cambiar políticas institucionales o empresariales al más alto nivel cuando éstas producen múltiples quejas de idéntica o similar naturaleza, en consecuencia su función no es tanto resolver disputas, sino

³⁴⁷ COOLEY, J.W., *The Mediator's Handbook...*, op. cit., pág. 256.

³⁴⁸ GREINIG, J.E., *ADR Practice Guide*, op. cit., págs. 556-558.

³⁴⁹ Desde que en 1955 se adoptó en Dinamarca la primera oficina institucionalizada del Ombudsman, han sido muchos los países que alrededor de todo el mundo han incorporado esta figura. En 1962, Noruega y Nueva Zelanda establecieron Oficinas de Ombudsman, les siguieron Australia, Austria, Canadá (siete provincias), Fiji, Francia, Ghana, Guyana, Hong Kong, Irlanda, Italia, Japón, Mauricio, Holanda, Nigeria, Pakistán. Filipinas, Portugal, España, Reino Unido y así sucesivamente otros muchos países. Vid. WIEGAND, A., "A Just and Lasting Peace: Supplanting Mediation with the Ombuds Model", en *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1, 1996, pág. 100.

intentar rectificar en su conjunto determinadas conductas administrativas que dan lugar a conflictos concretos³⁵⁰.

Normalmente, el Defensor es el reflejo de los valores de la institución a la que representa, por tanto no tiene mucho sentido crear dicha figura si la institución a la que va a representar no tiene voluntad de intentar solucionar los problemas que el Defensor pueda plantear.

El Defensor ha de disfrutar de plena autonomía en el ejercicio de su función y disponer de los medios necesarios para llevar a cabo adecuadamente su trabajo, por lo que habrá de tener acceso a la información corporativa o institucional que corresponda para poder llevar a cabo sus investigaciones y elevar sus informes y recomendaciones.

La capacidad operativa que necesariamente ha de tener el Defensor le legitima, como legitima igualmente a la institución que lo nombra desde el momento en que permite al mismo iniciar investigaciones de oficio por posibles omisiones o negligencias cuya responsabilidad corresponda a la propia institución, siendo el informe que aquél emita el canal de comunicación entre dicha institución y los intereses del colectivo al que ha de defender.

Los informes que emite el Defensor suelen tener una periodicidad, normalmente de un año, y su figura es objeto de supervisión institucional, aunque dicha supervisión se ha de basar en elementos estrictamente objetivos para no parecer arbitraria de cara al colectivo al que sirve.

³⁵⁰ Vid. ROBERTS, S. y PALMER, M., *Dispute Processes. ADR and the...*, op. cit., pág. 346.

CAPÍTULO III

LA INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL AL SISTEMA DE JUSTICIA

1.- MEDIACIÓN: CONCEPTO Y CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

Existen algunas dificultades para la definición de la mediación³⁵¹, la primera encontrar una comprensión homogénea, toda vez que las palabras no tienen el mismo significado en las diferentes lenguas y muchas traducciones han entendido por sinónimos conceptos que tienen diferentes matices y que pueden ser diferenciados, como sucede con los términos mediación y conciliación.

Por otro lado, el carácter multidisciplinar de la mediación ha hecho que se hayan dado definiciones de la misma desde múltiples y muy variados campos como el Derecho, la Sociología o la Psicología.

Otras dificultades provienen de la amplitud del objeto de estudio de la mediación que abarca multitud de sectores de la actividad humana, desde su esfera más privada a la pública, afectando tanto a particulares como a grupos, a relaciones de carácter nacional e internacional.

Pero, por lo que a este trabajo respecta, voy a intentar delimitar o centrar el mismo en su aspecto de método autónomo y autocompositivo de gestión y resolución de conflictos.

1.1 UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LOS ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LA MEDIACIÓN

De “mediación” como mecanismo autónomo de resolución de conflictos llevamos relativamente poco tiempo oyendo hablar, sin embargo la mediación no es nada

³⁵¹ Como pone de manifiesto SOLETO MUÑOZ, “es difícil pretender delimitar qué es o qué no es mediación, posiblemente porque se trata de una institución jurídica de reciente introducción en nuestro ordenamiento, que tiene diverso reflejo normativo en cada uno de los órdenes jurisdiccionales españoles y en los distintos ámbitos territoriales en los que se ha comenzado a implantar”. SOLETO MUÑOZ, H. “La mediación vinculada a los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M., *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág. 245.

nuevo en nuestro país.

Ahora bien, conviene distinguir entre lo que significa mediar, en sentido coloquial, algo que cualquier persona puede hacer en un determinado momento, y la mediación profesionalizada como método de resolución de conflictos³⁵².

Existen múltiples definiciones de mediación. En la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, se ha optado por una definición sencilla de mediación, así en su art. 1 se define la misma como “aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

MOORE introduce en el concepto de mediación algún elemento más, así sostiene que “la mediación es la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral, que carece de un poder autorizado de decisión, para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable”³⁵³.

Básicamente, toda disputa implica un proceso de negociación y la mediación podría considerarse que es un proceso de negociación entre las partes en disputa, asistido por un tercero que es el mediador³⁵⁴.

El mediador, en consecuencia, ha de conocer y manejar adecuadamente los

³⁵² Como pone de manifiesto BERNAL SAMPER, “la actuación no profesional implica una actitud conciliadora, una disposición a resolver los conflictos pacíficamente, evitando la confrontación abierta. La actuación profesional conlleva esa actitud conciliadora, la existencia de ciertas características que se identifican con el concepto de mediación y una formación especializada”. BERNAL SAMPER, T., “Conflicto y mediación”, en HEREDIA CERVANTES, I. (Ed.) *Medios alternativos de solución...*, op. cit., pág. 111. En el mismo sentido, MEJÍAS GÓMEZ señala que “etimológicamente, mediar es ponerse en medio de dos personas que se enfrentan, con la idea de reducir, evitar o poner fin al conflicto. No obstante, mediar es mucho más que eso, supone el empleo de determinadas técnicas o habilidades que sólo pueden ser llevadas a cabo adecuadamente por personas que hayan recibido una formación previa. No se trata, únicamente, de desplegar buenos oficios y tener buena voluntad, es mucho más que eso”. MEJÍAS GÓMEZ, *La mediación como forma de tutela...*, op. cit., pág. 9.

³⁵³ MOORE, C.W., *El proceso de mediación*, Granica, Buenos Aires, 2006, pág. 44.

³⁵⁴ Para MEJÍAS GÓMEZ, “se entiende que la mediación es una extensión y elaboración del proceso negociador. La mediación implica la intervención de un tercero aceptable, imparcial y neutro, que carece de poder de decisión y habilitado para ayudar a las partes contendientes a alcanzar voluntariamente el arreglo mutuamente aceptable de los temas en cuestión”. MEJÍAS GÓMEZ, *La mediación como forma de tutela...*, op. cit., pág. 9.

procedimientos y las técnicas eficaces de la negociación a fin de poder ayudar a las partes, aportándoles nuevas variables y dinámicas en su interacción que les permitan modificar sus posiciones iniciales y sus formas de comportamiento. A tal fin, el mediador habrá de facilitar la mejora de la comunicación entre las partes, aportarles conocimiento e información y habilitar que las mismas sean capaces de hacerlo entre ellas para que puedan gestionar adecuadamente sus intereses en orden a la consecución de un acuerdo mutuamente satisfactorio.

La aceptabilidad del tercero implica que las partes aprueban su presencia y que están dispuestas a escucharle y a colaborar con él, permitiéndole que se incorpore a su disputa y que les ayude a buscar un acuerdo. Por tanto, habrá de ser el mediador quien con su correcto desempeño profesional se gane dicha aceptación³⁵⁵.

Por lo que respecta a la imparcialidad del mediador, ésta hace referencia a la necesaria posición de equidistancia que el mismo ha de mantener respecto de las partes. El mediador habrá de oír y respetar las posiciones de todas las partes en conflicto, no pudiendo decantarse por ninguna de ellas o dar algún signo de conformidad o disconformidad con las mismas.

La neutralidad implica el especial cuidado que el mediador ha de tener para que su escala personal de valores y creencias no trascienda en su quehacer profesional de forma que los mismos pretendan prevalecer sobre los de las propias partes.

Ahora bien, como señala MOORE, “la necesidad de imparcialidad y neutralidad no significa que un mediador no pueda tener opiniones personales acerca del resultado de una disputa. (...) Lo que la imparcialidad y la neutralidad en efecto significan es que el mediador puede separar sus opiniones de los deseos de los litigantes y concentrarse en los modos de ayudar a las partes a formular sus propias decisiones sin favorecer impropriamente a una de ellas. La prueba final de la imparcialidad y la neutralidad del mediador en definitiva está en las partes. Ellas

³⁵⁵ Como pone de manifiesto MOORE, “la autoridad del mediador reside en su capacidad para apelar a las partes para concertar un acuerdo sobre la base de los intereses de aquéllas o el desempeño anterior o la reputación del mediador como recurso útil. La autoridad o reconocimiento del derecho de influir sobre el resultado de la disputa, es algo que otorgan las propias partes más que una ley externa, un contrato o un organismo”. MOORE, C.W., *El proceso de mediación*, op. cit., pág. 50.

deben percibir que el interventor no se muestra francamente parcial o partidista si se quiere que acepten su ayuda”³⁵⁶.

A diferencia del juez o del árbitro, el mediador carece de poder de decisión autorizado, es decir la solución del conflicto no le corresponde en ningún caso, siendo ésta potestad exclusiva de las partes. La tarea del mediador será ayudar a las mismas a examinar el futuro, así como sus intereses y necesidades, a fin de que intenten conseguir un acuerdo satisfactorio para ambas que colme dichos intereses y necesidades. Ésta es precisamente una de las fortalezas de la mediación, porque las partes pueden retener en todo momento el poder final de decisión sobre su controversia.

Respecto de la voluntariedad aludida en el concepto de mediación, implica que las partes en ningún momento pueden ser compelidas a iniciar el proceso, a mantenerse en el mismo y, por supuesto, mucho menos aún a concluir un acuerdo. La voluntariedad, por tanto, se configura como un elemento esencial y consustancial de la mediación. No tiene ningún sentido, tratándose de un método autocompositivo, obligar a las partes a someterse a mediación si las mismas no tienen intención alguna de intentar solucionar el conflicto por sí mismas.

1.2 CUESTIÓN TERMINOLÓGICA FUNDAMENTAL: “MEDIACIÓN JURÍDICA”

Analizados básicamente los elementos definitorios de la mediación, que posteriormente abordaré con mayor profundidad, una de las cuestiones terminológicas que se plantean respecto de la mediación es si podemos hablar de *mediación jurídica*, toda vez que, en principio, la mediación es un método de resolución de conflictos de carácter autocompositivo y extrajudicial³⁵⁷.

³⁵⁶MOORE, C.W., *El proceso de mediación*, op. cit., pág. 46.

³⁵⁷ En este sentido, MARTÍN DIZ apunta que “definir la mediación como concepto con sentido y significado jurídico comporta una cierta contradicción. Nos explicamos. Jurídicamente la mediación es un sistema (método) autocompositivo, complementario a la jurisdicción, extrajudicial y privado de solución de conflictos, voluntario e irrituario, que cuenta con la imprescindible e insustituible asistencia de un tercero (mediador) que auxilia y ayuda a las partes en la obtención libre y voluntaria de un mutuo acuerdo pero sin proponer ni imponer el mismo. Una de las ideas latentes en su elucidación anterior es la libertad que rodea, en todo momento, al desenvolvimiento de la mediación. En este sentido reconducirla a una serie de límites conceptuales parece coartar, metafóricamente, su espíritu de autárquico”. MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., págs. 50-51.

Al respecto de dicha cuestión, PUY MUÑOZ señala que caben tres posibles respuestas³⁵⁸.

La primera de las respuestas es que no se puede hablar de mediación jurídica, toda vez que la mediación implica la resolución del conflicto sin litigio. Sin embargo, dicha postura es descartada por el autor argumentando que, de hecho, existen determinados tipos de mediación evidentemente jurídicos ya tratados desde hace años en sede legal y doctrinal y porque “el Derecho no se identifica con el litigio judicial, siendo éste sólo una de las manifestaciones del Derecho”.

La segunda de las respuestas es que una mediación genérica no siempre tiene por qué transformarse en mediación jurídica, aunque sí lo puede hacer en determinadas ocasiones y así sucede cuando dicha mediación es regulada legalmente. Señala el citado autor, que las circunstancias que pueden convertir a una mediación genérica en mediación jurídica son siete: “1) Cuando la ley define la mediación; 2) Cuando el mediador es miembro de un colegio profesional legal; 3) Cuando la mediación es un requisito previo al inicio del pleito; 4) Cuando un juez debe aprobar los acuerdos alcanzados en la mediación; 5) Cuando los abogados de las partes intervienen en las sesiones de la mediación; 6) Cuando la mediación viene obligada por un contrato o promesa de mediación; y 7) Cuando la mediación establece la titularidad de uno o varios derechos”.

Precisamente, ésta última circunstancia esgrimida es la que justifica la postura adoptada por el autor, que da pie a la tercera respuesta, y es que toda mediación es jurídica porque “toda mediación se dirige a pacificar una pugna por un derecho concreto y ese sólo hecho constituye un motivo suficiente para convertir en jurídica a cualquier mediación”. En este sentido, argumenta también “que no hay ninguna mediación que no sea jurídica bajo alguno de los aspectos en que el derecho hace acto de presencia en la vida social. Y es lógico que ocurra por dos razones. La primera es porque *los conflictos son siempre conflictos de posesión de derechos*. Y la segunda razón por la que toda mediación es jurídica consiste en que *la idea de mediación penetra toda la experiencia jurídica*, y especialmente sus dos provincias centrales que son la *Legislación* y la *Jurisdicción*”.

³⁵⁸ PUY MUÑOZ, F., “La expresión *Mediación Jurídica*. Un análisis tópico”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit. págs. 30-31.

En el mismo sentido, MARTÍN DIZ sostiene que “la mediación es una institución típicamente jurídica en cuanto a su consideración como medio de resolución pacífica de disputas. Por tanto, en sentido amplio, ha de ser entendida como mecanismo para impartir Justicia, en cuanto virtud que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde mediante la aplicación del derecho, la razón o la equidad”³⁵⁹.

Por lo que a este trabajo respecta, la mediación que voy a tener en cuenta es la mediación jurídica o la mediación con trascendencia jurídica, se desarrolle ésta como medio alternativo al proceso judicial y con carácter previo al inicio del mismo, o bien como método complementario al propio proceso judicial una vez comenzado o incluso finalizado éste.

2.- MARCO LEGAL DE LA MEDIACIÓN

Como se ha comentado en este trabajo, desde hace años las instituciones comunitarias vienen manifestando su empeño en mejorar el acceso de los ciudadanos a la Justicia y, en este sentido, el impulso de los métodos alternativos de solución de conflictos, en especial de la mediación, ha cobrado especial importancia en los últimos tiempos.

Fruto de dicho interés ha sido la prolífica producción normativa ya comentada, destacando por su trascendencia y relevancia el *Libro Verde de 19 de abril de 2002, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, en el que se hacía balance de situación respecto del tema en la Unión Europea y que dio lugar a una amplia consulta con los Estados miembros acerca de las posibles medidas a adoptar en orden a la utilización y promoción de la mediación, y la *Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, como nuevo marco normativo en materia de mediación a utilizar por los países de la Unión en conflictos de carácter transfronterizo, configurándose como una norma de mínimos que ha permitido que hayan sido los propios Estados los que han decidido el modelo de mediación que pretenden utilizar en su

³⁵⁹ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., pág. 61.

respectivos territorios y los requisitos que han de reunir las personas o instituciones encargadas de llevar a cabo la misma.

En nuestro país, por lo que respecta a la mediación, hasta hace muy poco tiempo, la misma se encontraba someramente regulada a efectos jurídicos y con trascendencia a nivel procesal, únicamente en el ámbito del Derecho laboral³⁶⁰, el familiar y el relativo a la responsabilidad penal de los menores.

A continuación voy a hacer un breve repaso de la legislación existente en materia civil tanto en el ámbito autonómico, como a nivel estatal.

2.1 ÁMBITO AUTONÓMICO

2.1.1 El contexto de la aparición de la normativa autonómica sobre mediación: los conflictos de familia

En el ámbito autonómico destaca la regulación de la mediación básicamente en materia de Derecho de familia.

Por lo que respecta a las materias que puede abarcar la mediación dentro del Derecho de Familia, MARTÍN DIZ señala que “por inercia tiende a asimilarse, incorrectamente, que el ámbito de la mediación familiar se asocia indisolublemente a los casos de separación o divorcio, o como mucho a la resolución de conflictos en el seno del matrimonio o la relación de pareja (sea de hecho o de derecho). Nada más lejos de la realidad de lo que debiera ser el marco de aplicación del sistema institucional de mediación familiar. En primer término porque dentro del denominado como *Derecho de familia* entran en juego otras muchas materias además de las relativas al matrimonio. Algunas de ellas no tienen carácter disponible, y por tanto deben quedar excluidas de la mediación familiar por esta circunstancia (piénsese en la filiación), otras, por verse afectados menores, incapaces o dependientes, requerirían, caso de abordarse en mediación,

³⁶⁰ Es precisamente en el ámbito del Derecho laboral donde aparece la primera invocación expresa a la mediación, así en la Exposición de Motivos del *Real Decreto-ley 5/1979, de 26 de enero, sobre creación del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación*, se ponía de manifiesto que “La mediación es una figura conveniente; su eficacia está demostrada en la realidad diaria, haciéndose aconsejable su institucionalización, sobre los presupuestos de imparcialidad del mediador y la libre aceptación de su actuación por los interesados”. BOE núm. 32, de 6 de febrero de 1979.

de la participación imprescindible del Ministerio Fiscal en defensa de sus intereses. Piénsese, en este último caso, en cuestiones relativas a la guarda, custodia o el régimen del derecho de alimentos de los hijos menores.

Pero la extensión del Derecho de familia, y la mediación familiar, no se agota con los supuestos incluidos o excluidos, anteriormente. Cuestiones relativas a aspectos educativos (de los hijos, ya sea entre los progenitores o entre éstos y el propio hijo –mayor de edad), psicológicos, sanitarios e incluso, si se me apura, hereditarios, pueden ser perfectamente objeto de una mediación. Es más, probablemente la mediación sea más idónea en estos casos de muy bajo perfil jurídico”³⁶¹.

La primera mención expresa a la mediación se produce en el art. 79 del Código de Familia de Cataluña de 1998. Desde entonces, son muchas las leyes específicas promulgadas, referidas fundamentalmente a la mediación familiar, si bien en alguna de ellas ya se ha procedido a ampliar el ámbito objetivo de aplicación abarcando nuevas materias de derecho privado, como ha sucedido en las de las Comunidades Autónomas de Cataluña y Cantabria.

Sin duda, y tal y como pone de manifiesto PELAYO LAVÍN, “la ausencia de regulación estatal ha podido fomentar el auge de las legislaciones en las distintas Comunidades Autónomas”³⁶².

En la misma línea, MARTÍN DIZ sostiene que “el florecimiento de la mediación como solución complementaria a la jurisdiccional en materia de familia quizá ha llegado a su máximo esplendor en el marco normativo autonómico. En el ejercicio de sus competencias las Comunidades Autónomas han tocado techo y no pueden llevar la mediación más allá de donde se encuentra”³⁶³.

Por su parte, GRANDE SEARA señala que “las Comunidades Autónomas sí han llevado a cabo una prolífica labor de regulación de la mediación familiar en sus respectivos ámbitos territoriales, aprovechando, en unos casos, la potestad legislativa en materia civil que les reconoce el art. 149.1.8ª de la Constitución a

³⁶¹ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., págs. 233-235.

³⁶² PELAYO LAVÍN, M., “La mediación familiar en las Comunidades Autónomas”, en MARTÍN DIZ, F. (coord.), *La mediación en materia de...*, op. cit., pág. 139.

³⁶³ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., pág. 239.

aquellas comunidades con derecho civil, foral o especial propio (como es el caso de Cataluña), y, en otros, al amparo de la competencia que les atribuye el artículo 148.1.20^a en materia de asistencia social (por ejemplo, Valencia, Canarias, Castilla y León, Islas Baleares, Madrid, Asturias o Andalucía)". Sigue manifestando el citado autor que "el ámbito objetivo al que se puede extender la mediación familiar es una cuestión de política legislativa, que, como es lógico, se ve mediatizada por la restricción competencial que sufren las comunidades autónomas en lo que se refiere a la normativa procesal. Es por ello que la extensión de dicho ámbito y el modo de delimitarlo presenta notables diferencias entre las distintas leyes autonómicas reguladoras de la mediación familiar"³⁶⁴.

GARCÍA PRESAS apunta que "en cualquier caso es en la Constitución de 1978 en donde se encuentra la base en la que se sustentan las responsabilidades que le corresponden a las distintas Autonomías en la materia que nos ocupa. Concretamente ha de tenerse presente, en este sentido, tanto el *Título I – De los Derechos y Deberes fundamentales-*, *Capítulo III – De los principios rectores de la política social y económica-*, artículo 39.1: *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*; como el *Título VIII de la Constitución – De la organización territorial del Estado-*, concretamente en lo que se expresa en su artículo 148.1 *Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 1. Organización de sus instituciones de autogobierno; 20. Asistencia social.* En el apartado 2 de este mismo precepto se señala que *Transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149. (...) Por otro lado se ha de hacer referencia a la problemática que puede suponer el regular, desde una concreta Comunidad Autónoma, determinados aspectos relativos a la puesta en marcha, efectiva, de la mediación familiar. En este sentido, no todas las Comunidades parten de un similar horizonte competencial, siendo importante precisar que algunas de ellas – Cataluña, Galicia, Islas Baleares y País Vasco, entre las que han legislado al respecto- tienen un Derecho Civil propio. En general no se han tenido en cuenta las*

³⁶⁴ GRANDE SEARA, P. "Ámbitos objetivo y subjetivo de la mediación familiar en la legislación autonómica", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de Conflictos...*, op. cit., págs. 370-372.

posibilidades que pudieran existir en relación con la mediación familiar”³⁶⁵.

2.1.2 Los instrumentos legislativos autonómicos existentes

Cronológicamente, la primera Ley autonómica de mediación promulgada fue la *Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña*³⁶⁶. A ella la siguieron la *Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Galicia*³⁶⁷; *Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana*³⁶⁸; *Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar, de la Comunidad Autónoma de Canarias*³⁶⁹; *Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha*³⁷⁰; *Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León*³⁷¹; *Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid*³⁷²; *Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo de Mediación Familiar*³⁷³; *Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco*³⁷⁴; *Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía*³⁷⁵; *Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña*, por la que se deroga la anterior Ley 1/2001 vigente hasta ese momento³⁷⁶; *Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears*³⁷⁷; *Ley 9/2011, de 24 de marzo de mediación*

³⁶⁵ GARCÍA PRESAS, I., *La mediación familiar desde el ámbito jurídico*, Editorial Juruá, Lisboa, 2010, págs. 121-122.

³⁶⁶ DOGC núm. 3355, de 26 de marzo de 2001 y BOE núm. 91, de 16 abril de 2001.

³⁶⁷ DOGA núm. 117, de 18 de junio de 2001 y BOE núm. 157, de 2 julio de 2001.

³⁶⁸ DOGV núm. 4138, de 29 de noviembre de 2001 y BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 2001.

³⁶⁹ BOC núm. 85, de 6 de mayo de 2003 y BOE núm. 144, de 5 de junio de 2003. Esta Ley fue modificada posteriormente por la Ley 3/2005 de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar (BOC núm. 130, martes 5 de julio de 2005).

³⁷⁰ DOCM núm. 111, de 3 de julio de 2005 y BOE núm. 203, de 25 de agosto de 2005.

³⁷¹ BOCL núm. 75, de 18 de abril de 2006 y BOE núm. 105, de 3 de mayo de 2006.

³⁷² BOCM núm. 54, de 5 de marzo 2007 y BOE núm. 153, de 27 de junio de 2007.

³⁷³ BOPA núm. 81, de 9 de abril de 2007 y BOE núm. 170, de 17 de julio de 2007.

³⁷⁴ BOPV núm. 34, de 18 de febrero de 2008 y BOE núm. 212, de 3 de septiembre de 2011.

³⁷⁵ BOJA núm. 50, de 13 de marzo de 2009 y BOE núm. 80, de 2 de abril de 2009.

³⁷⁶ DOGC núm. 5432, de 30 de julio de 2009 y BOE núm. 198, de 17 de agosto de 2009.

³⁷⁷ BOIB núm. 183, de 16 de diciembre de 2010 y BOE núm. 16, de 19 de enero de 2011.

*familiar de Aragón*³⁷⁸; y, por último, la *Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria*³⁷⁹.

Es decir, de las diecisiete Comunidades Autónomas, sólo cuatro de ellas, Navarra, La Rioja, Extremadura y Murcia, carecen de legislación específica propia sobre mediación, lo cual no quiere decir que estén obviando la mediación o que no se contemple la misma de ninguna manera.

Así, en la Comunidad de Navarra, en la *Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres*, se prevé expresamente como objetivo de la misma, en su art. 1, facilitar el acuerdo entre los padres en todos aquellos temas que afecten a sus hijos a través de la mediación familiar³⁸⁰.

En La Rioja, a pesar de no contar con legislación autonómica, existe un programa de orientación y mediación familiar del Gobierno de La Rioja³⁸¹.

En Extremadura, según recientes declaraciones del Director General de Política Social y Familia, se está trabajando en la futura, y se espera que muy próxima, Ley de Mediación Familiar³⁸².

Y en Murcia, por su parte, se han elaborado distintos borradores de Ley de Mediación Familiar, por lo que se espera que, igualmente, su aprobación y publicación no tarde mucho tiempo en ver la luz³⁸³.

Tal y como pone de manifiesto CASTILLEJO MANZANARES, “en lo que a las leyes de las Comunidades Autónomas respecta, la mediación se aprecia como un mecanismo apto de solución de conflictos familiares, en el que destacan que se trata de un proceso confidencial complementario de otros sistemas de resolución

³⁷⁸ BOAnúm. 70, de 7 de abril de 2011 y BOE núm. 115, de 14 de mayo de 2011.

³⁷⁹ BOE núm. 99, de 26 de abril de 2011.

³⁸⁰ BOE núm. 87, de 12 de abril de 2011.

³⁸¹ Se puede consultar dicho programa en:

http://www.larioja.org/upload/documents/446710_D_ptico_mediacion_familiar.pdf.

³⁸² <http://www.europapress.es/extremadura/noticia-gobierno-extremadura-defiende-mediacion-metodo-resolucion-conflictos-ambito-familiar-20120420173525.html>.

³⁸³ http://www.centrode mediacionmurcia.es/ley_en_murcia_6.html.

de conflictos, llevado a cabo por un tercero mediador profesional, neutral e imparcial, sin poder sobre las partes, que las ayuda a través del diálogo a lograr un acuerdo estable, duradero y equilibrado sobre los efectos de la ruptura”³⁸⁴.

En el mismo sentido, GARCÍA VILLALUENGA y BOLAÑOS CARTUJO señalan que “las comunidades autónomas tienen en alta consideración la institución de la mediación familiar, conceptuándola como un instrumento de paz social en apoyo a la familia, con capacidad de promover la participación ciudadana en la Administración de Justicia. Todas coinciden en definirla como un proceso voluntario, extrajudicial, complementario a la vía jurisdiccional, a pesar de que puede utilizarse en evitación de ella, dirigido a la solución de conflictos familiares”³⁸⁵.

Sin embargo, a la hora de delimitar el ámbito objetivo, las Comunidades Autónomas lo han hecho de forma diferente. De hecho, tal y como destaca GRANDE SEARA, “en la regulación que hacen del ámbito objetivo de la mediación familiar las distintas leyes autonómicas se aprecian importantes diferencias, tanto en la forma de delimitarlo como en el fondo, es decir, en cuanto a los conflictos o materias a los que se puede extender la mediación.

En lo que se refiere a la forma de definir el ámbito de la mediación, algunas leyes optan por utilizar fórmulas con las que de un modo más o menos genérico tratan de precisar las materias sobre las que puede versar y los sujetos entre los que se puede plantear un conflicto susceptible de someterse a mediación familiar; mientras que otras se decantan por establecer una relación más o menos detallada y exhaustiva de materias o conflictos sobre los que cabe mediación y de sujetos que pueden acogerse a la misma. (...) En este sentido, lo primero que se puede observar es que la inexistencia en España de una cultura de la mediación y de una normativa marco de alcance estatal sobre la misma determinó que las primeras leyes aprobadas fuesen prudentes, estableciendo ámbitos materiales restringidos en los que la mediación familiar puede operar; y a medida que se fueron

³⁸⁴ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación en el ámbito familiar”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de Conflictos...*, op. cit., págs. 342-343.

³⁸⁵ GARCÍA VILLALUENGA, L. y BOLAÑOS CARTUJO, I., *La mediación familiar: una aproximación interdisciplinar*, Asociación de Mujeres Separadas y Divorciadas de Asturias, Gijón, 2006, pág. 41.

aprobando nuevas leyes en otras comunidades autónomas, o reformándose algunas dictadas anteriormente, se fue produciendo un fenómeno expansivo de su objeto”³⁸⁶.

En definitiva, el desarrollo y avance experimentado por la mediación en los últimos años, así como la necesidad de control de dicha actividad, ha hecho necesaria su regulación legal, dando como resultado una prolífica normativa autonómica, diferente en cuanto a su extensión y contenidos, si bien con evidentes similitudes en lo que respecta a los principios que han de regir la mediación.

Todas las leyes autonómicas coinciden en señalar como principios básicos que han de regir la mediación los de voluntariedad, imparcialidad y confidencialidad³⁸⁷, siendo también bastante similar el plazo de duración del proceso de mediación que recogen la mayoría de ellas, así como la eficacia que dan a los acuerdos logrados. Por lo que respecta a la formación que ha de acreditar y al papel que ha de desempeñar el mediador, existen leyes bastante similares y otras que, sin embargo, introducen significativas diferencias.

³⁸⁶ GRANDE SEARA, P. “Ámbitos objetivo y subjetivo de la mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de Conflictos...*, op. cit., págs. 372-374. En el mismo sentido, GARCÍA PRESAS apunta que “es cierto, en todo caso, que de la diversidad de Leyes autonómicas en esta materia se llegó, en ciertos supuestos, a disponer de medidas que pueden alcanzar la calificación de contradictorias –lo que ha sido entendido como un punto débil del sistema-, pero también es verdad que, en la sucesión de la redacción de las Leyes en las distintas Comunidades Autónomas, se ha conseguido lo que puede reconocerse como una progresiva mejora en los planteamientos asumidos y en los resultados conseguidos –lo que cabe valorar como un punto fuerte del sistema-.” GARCÍA PRESAS, I., *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 56-57.

³⁸⁷ ESTEVE GARCÍA apunta que “por lo que se refiere a los principios que orientan la actividad mediadora, los más destacados en la mayoría de las legislaciones estudiadas son el de voluntariedad, imparcialidad y neutralidad, confidencialidad y buena fe. No obstante, existen otros, no menos importantes que sólo están presentes en una minoría de comunidades autónomas, como es el caso del principio de protección a los menores, a los discapacitados y a las personas mayores, previsto en las legislaciones de Madrid, Castilla-León y Andalucía, pese a que la legislación gallega habla del bienestar y el interés superior del menor. Llamam la atención ciertos principios previstos en alguna de las legislaciones de manera muy específica. Así, el principio de transparencia respecto de las condiciones y parámetros de la actividad mediadora, el principio de respeto al Derecho, indicando que *las partes deberán de tomar las soluciones que estimen convenientes con el fin de resolver su conflicto siempre conforme a Derecho*, y el principio de colaboración y mantenimiento del respeto entre las partes, regulados en el artículo 8 de la Ley del País Vasco”. ESTEVE GARCÍA, G., “Las leyes autonómicas españolas: los conceptos básicos”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I., *Materiales jurídicos del Libro Blanco de...*, op. cit., págs. 48-49.

2.2 ÁMBITO ESTATAL

Por lo que respecta al ámbito del Derecho civil, como Derecho privado por excelencia que tiene como eje a la persona y su autonomía en sus diversas manifestaciones, la mediación hasta el año 2012, se encontraba contemplada básicamente en el ámbito del Derecho de Familia y, como he comentado anteriormente, sólo a nivel autonómico.

Los orígenes de la mediación familiar en España se pueden situar en la reforma introducida por la *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*³⁸⁸, que introdujo la posibilidad de la ruptura de mutuo acuerdo, para lo que las partes debían adjuntar un documento, denominado Convenio Regulador, donde reflejasen los pactos alcanzados en relación con los distintos asuntos atinentes a su futuro familiar³⁸⁹.

Esa necesidad de alcanzar acuerdos en orden a las distintas cuestiones que habrían de regir las relaciones de futuro de los cónyuges separados o divorciados, motivó que, de modo indirecto y pese a no estar expresamente regulada, algunas parejas tuvieran los primeros contactos con la mediación³⁹⁰.

³⁸⁸ BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.

³⁸⁹ Tal y como ponen de manifiesto GARCÍA VILLALUENGA y BOLAÑOS CARTUJO, “la mediación familiar tiene en nuestro país una historia corta, viniendo de la mano de la reforma introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que supuso un punto de inflexión a partir del cual, fue posible arbitrar sistemas colaborativos para abordar extrajudicialmente las crisis matrimoniales”. GARCÍA VILLALUENGA, L. y BOLAÑOS CARTUJO, I., *La mediación familiar...*, op. cit., pág. 39. Vid. igualmente, SORIA, M.A., VILLAGRASA, C. y ARMADANS, I., *Mediación familiar...*, op. cit., pág. 168.

³⁹⁰ Según señala GARCÍA PRESAS, “la mediación familiar se desarrolla en España a partir de la última década del siglo XX siguiendo orientaciones que, por una parte, provienen de modelos americanos y, por otra, tienen procedencia europea. Es en 1986 cuando se publica el primer trabajo que trata sobre mediación familiar. (...) Se puede decir que en diferentes iniciativas de carácter privado, en la puesta en marcha de diversas instancias académicas y en la toma de algunas decisiones tanto en el ámbito judicial como en la gestión pública en materia social –y todo ello, prácticamente al mismo tiempo- se concreta el inicio de lo que cabe entender como mediación familiar en España”. GARCÍA PRESAS, I., *La mediación familiar desde...*, op. cit., págs. 117-118.

2.2.1 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género

La primera Ley nacional que hace referencia expresa a la mediación en el ámbito civil es la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*³⁹¹, y lo hace para prohibir con carácter general la utilización de la misma.

Así, en el art. 44.5 de la citada Ley, relativo a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se establece, refiriéndose a los asuntos que conocerán dichos órganos jurisdiccionales, tanto de índole penal como civil, que “5. En todos estos casos está vedada la mediación”, lo cual no deja de resultar, cuando menos, paradójico, prohibiéndose su uso cuando ni tan siquiera había sido regulada legalmente a nivel nacional.

Comparto la opinión de ORTUÑO MUÑOZ cuando entiende que tal prohibición constituye “una prevención excesivamente radical, puesto que enuncia sin ninguna matización la inhabilidad de este sistema en todas las relaciones marcadas y condicionadas por la violencia (...). La psiquiatría especializada cuantifica en 25 escalones la graduación de la incidencia de la violencia en las relaciones interpersonales de carácter familiar y, en la mayor parte de ellas, la mediación se prescribe como metodología idónea, dejando fuera de la misma los grados que representan la violencia grave, generadora de miedo y de situaciones de colapso emocional”³⁹².

En el mismo sentido, OUBIÑA BARBOLLA señala “cuando leo posturas tan categóricas como que la mediación nunca debe ser intentada en casos de violencia de género, me parece que los autores asumen que todos los casos de violencia doméstica suceden en un único escenario, o al menos en un contexto homogéneo que envuelve de un lado a una víctima-mujer desvalida y con baja autoestima y de otro a un agresor violento y controlador.

³⁹¹ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

³⁹² ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación familiar”, en VARELA PORTELA, M.J. (Dir.), *Separación y Divorcio*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXIX-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 109-110.

Desde lo poco que sé, o desde el punto de vista de la observación, diría que la violencia de género se produce en una pareja, en una familia, etc., en contextos y situaciones muy diversas. Y la mediación puede ser apropiada y efectiva para ayudar a un porcentaje de esas personas cuyas vidas han sido tocadas en algún punto por la violencia”³⁹³.

Se ha optado por prohibir indistintamente la mediación en cualquier supuesto donde haya existido violencia en el ámbito de la pareja, sea del tipo que sea y de la intensidad que sea, y tanto para el tratamiento de las cuestiones penales, lo cual, aunque si bien es muy discutible, puede encerrar cierta lógica, como para el de las cuestiones civiles, lo que, a mi entender, no tiene lógica alguna.

A este respecto, CASTILLEJO MANZANARES sostiene que “en determinados hechos tipificados como de violencia de género cabría un tratamiento distinto, menos criminalizado, más centrado en el problema como una cuestión de pareja. Y en este marco, la mediación persigue el tratamiento integral del conflicto como instrumento auxiliar de la justicia, con una metodología adaptada a dar una mejor y más apta respuesta a determinados litigios en los que las partes requieren mantener una relación posterior a la resolución del conflicto en ellas surgido”³⁹⁴.

Inciendo en esta idea, RÍOS MARTÍN y OTROS apuntan que “el desencuentro violento no se canaliza positivamente con medidas cautelares de alejamiento, o de carácter civil, o con la condena a pena de prisión. Estas medidas tienen, sin duda, un efecto preventivo y de reproche, son necesarias, pero lo que subyace en los conflictos violentos en el ámbito doméstico es un deterioro relacional, cuya posible solución apunta justamente a un procedimiento que tienda a restablecer la comunicación para que se adopten las medidas civiles oportunas”³⁹⁵ y la mediación puede perfectamente ser dicho procedimiento.

³⁹³ OUBIÑA BARBOLLA, S., “La distancia que les separa, la distancia que nos separa: mediación en casos de violencia doméstica en España y en otros sistemas”, en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. y SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Sobre la mediación penal. (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

³⁹⁴ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación en violencia de género, una solución o un problema”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de...*, op. cit., pág. 202.

³⁹⁵ RÍOS MARTÍN, J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, Madrid, 2008, pág. 107.

Y, por su parte, LOBO GUERRA y SAMPER LIZARDI, señalan que “los abordajes interdisciplinarios son los más efectivos a la hora de tratar problemas complejos, ya que éstos son el resultado de la intervención de distintos factores, tal y como ocurre en estas familias con problemática de violencia. Ninguno de los sistemas de intervención de los que disponemos, ya sean medidas penales, judiciales, intervenciones psicológicas, sociales, educativas,... etc., puede por sí solo, de forma exclusiva o excluyente, dar una respuesta integral y adecuada a la conflictividad que estas familias pueden presentar. Por ello, insistimos en la reflexión inicial objeto de estas líneas: ¿por qué excluir a todas estas familias de los beneficios de la mediación de forma taxativa?”³⁹⁶.

Comparto con los mencionados autores la idea de que el tratamiento de las cuestiones de violencia de género en el proceso judicial se centra en los hechos enjuiciados, olvidando que las personas involucradas en este tipo de violencia padecen un daño moral, familiar y personal difícil de dimensionar en términos estrictamente jurídicos, por lo que se hace precisa la necesidad de afrontarlo desde una perspectiva multidisciplinar que pueda ofrecer una solución de conjunto y ahí, entiendo, es donde la mediación puede aparecer como el complemento que aporte dicha solución³⁹⁷.

No se puede generalizar, ni frivolar con un tema tan delicado. Cada episodio de violencia de género es único, no hay dos conflictos idénticos, las partes son distintas y las circunstancias personales y de toda índole que han podido llevar a esa situación también lo son, por tanto habrá que analizar caso por caso para determinar la oportunidad y viabilidad de la mediación en cada asunto concreto.

³⁹⁶ LOBO GUERRA, M. y SAMPER LIZARDI, F., “Es posible la mediación en aquellos casos en los que ha existido violencia de género?”, en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. y SOLETO MUÑOZ, H. (Dirs.), *Sobre la mediación penal...*, op. cit., pág. 177.

³⁹⁷ Según apunta VINYAMATA CAMP, “las políticas de contención de la violencia machista no han dado los frutos esperados. La violencia en este ámbito se ha visto incrementada. Los seis mil policías que en España atienden a esposas o simplemente mujeres amenazadas por su pareja, las más de sesenta mil llamadas a los centros de ayuda en seis meses, el endurecimiento de las penas por agresión, el alejamiento y toda la propaganda dedicada a tratar de contener y reducir la violencia doméstica no ha hecho que ésta disminuyera sino que, en realidad, se ha visto incrementada. A la violencia física se ha unido la violencia judicial y penal sin llegar a entender qué es lo que sucede realmente, cuáles son las causas y los orígenes de los conflictos de pareja con violencia. En conflictos de pareja con escasa violencia o incluso con ella, la mediación en muchos casos representa la antesala tranquila de la separación”. VINYAMATA CAMP, E., “Introducción a la Conflictología”, en GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución...*, op. cit., pág. 192.

No me parece acertado que la Ley prive a la mujer-víctima de la posibilidad de utilizar un mecanismo como la mediación que, no en todos los casos pero sí en determinadas ocasiones, puede reportarle resultados más satisfactorios que los que obtendría en el curso de un proceso judicial. La actual regulación de la materia coarta evidentemente la autonomía de la mujer y el reconocimiento a su capacidad de adoptar sus propias decisiones libre y voluntariamente en materias que afectan a cuestiones muy personales, por lo que entiendo debería modificarse dicha normativa.

2.2.2 Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil en materia de separación y divorcio

Tras la desafortunada aparición de la mediación en nuestro ordenamiento, contemplada de forma excluyente, la *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil en materia de separación y divorcio*³⁹⁸, regula expresamente y por primera vez la utilización de la mediación como vía de solución de conflictos en materia de familia.

Ya en la Exposición de Motivos de la citada Ley se hace referencia a la mediación y se incide en la preferencia de que sean los cónyuges de mutuo acuerdo los que intenten solucionar sus diferencias, reservando la decisión judicial para aquellos supuestos en que sea imprescindible. Así, se expresa textualmente que “las partes pueden pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio. La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas”.

A este respecto, apunta GARCÍA PRESAS que “la invitación, pues, a *acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas*

³⁹⁸ BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

objeto de litigio, que se hace desde esta misma Exposición de Motivos, sitúa a la actividad mediadora, en el plano de la ley, como un deseable modo de proceder a utilizar de forma prioritaria en relación con una posible intervención judicial”³⁹⁹.

Más adelante, en la misma Exposición de Motivos, se hace referencia a las ventajas que en este ámbito ofrece la mediación en los siguientes términos: “Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral”⁴⁰⁰.

Es, por tanto, en el ámbito del conflicto de familia donde la mediación comenzó a encontrar acomodo y a desarrollarse en España, fruto principalmente de la inadecuación del procedimiento judicial para dar cumplida respuesta a los conflictos derivados de dichas situaciones.

En este sentido, GONZÁLEZ PILLADO pone de manifiesto que “ya desde hace algunos años se viene constatando que el proceso civil no se muestra como el instrumento más adecuado para resolver los problemas surgidos en el ámbito propio del derecho de familia y más en concreto en el relativo a la ruptura de pareja, matrimonial o no, y su posterior relación con los hijos. En efecto, los procesos contenciosos de separación o divorcio, o ruptura de parejas de hecho, produce, salvo casos excepcionales, una sensación de insatisfacción en las partes que acuden al mismo; así, la agudización del conflicto interpersonal de los ex miembros de la pareja, el deterioro o incluso ruptura de las relaciones paterno-filiales, o las dificultades derivadas de los incumplimiento del régimen de visitas o

³⁹⁹ GARCÍA PRESAS, I., *La mediación familiar desde...*, op. cit., pág. 172.

⁴⁰⁰ En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ apunta que “la reforma del divorcio en la mencionada Ley de 2005 está en la línea de considerar la mediación como metodología singular, completamente distinta del método de controversia judicial contenciosa clásica, pero también claramente diferenciada de la conciliación judicial o de la actividad negociadora que desarrollan los abogados”. ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Thomson, Civitas, Navarra, 2006, págs. 107-108.

del pago de alimentos”⁴⁰¹.

Igualmente, ETXEBARRÍA ESTANKONA señala que “cuando se origina un conflicto dentro del seno familiar la vía por la que en la mayor parte de los casos se suele optar para su resolución es la jurisdiccional, la vía considerada como ordinaria. Pero este medio quizás no sea el más adecuado. ¿Por qué? La respuesta es muy sencilla, por todos los inconvenientes que conlleva; para empezar, cuando la relación familiar se lleva a los juzgados, el futuro de ésta se pone en manos de un juez, nos encontramos con su transformación en una relación de ataques y defensas durante todo el tiempo que dura el proceso y de ganador-perdedor al final del mismo, con decisiones judiciales que proceden de un tercero ajeno y que más que ayudar a resolver el conflicto se convierten en rígidos corsés en los que se tienen que embutir las verdaderas necesidades de los miembros de la familia y que al mismo tiempo generan más disputas y desacuerdos”⁴⁰².

Por su parte, GARCÍA GARCÍA apunta que “el ámbito judicial no es adecuado para resolver conflictos familiares y el procedimiento es insatisfactorio y fuente de numerosos problemas, no da – ni puede dar- cabida a las emociones –tan patentes en este ámbito- y el planteamiento es confrontativo: gana-pierde. La mediación no presenta estos inconvenientes y conlleva una reducción de los costes emocionales y procesales inherentes a todo proceso matrimonial, evita que salga a la luz la vida privada de las personas, además de contribuir a descolapsar los tribunales. Puede decirse en consecuencia que, a medio plazo, es rentable social y económicamente. La práctica demuestra que la sentencia, en el proceso de separación o divorcio, no pone fin al conflicto familiar. La relación entre los cónyuges deberá continuar debido a los hijos comunes y es frecuente que se generen nuevas tensiones”⁴⁰³.

⁴⁰¹ GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de Conflictos...*, op. cit., pág. 357.

⁴⁰² ETXEBARRÍA ESTANKONA, K., “La mediación familiar en la Comunidad Autónoma del País Vasco. La Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar”, en ETXEBARRÍA ESTANKONA, K. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir.), *La Resolución Alternativa de Conflictos*, op. cit., pág. 94.

⁴⁰³ GARCÍA GARCÍA, L., “La mediación: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares”, en MORENO CATENA, V., DAMIÁN MORENO, J., GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. y otros, *El Proceso en el Siglo XXI y Soluciones Alternativas*, Centro de Estudios Jurídicos, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 255.

Siguiendo con la Ley 15/2005, se prevé expresamente en la misma la posibilidad de los cónyuges de solicitar la suspensión del procedimiento judicial iniciado para acudir a mediación y, a tal fin, se introduce una nueva regla en el art. 770 LEC, con la siguiente redacción: “7ª. Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley para someterse a mediación”⁴⁰⁴.

Igualmente, se modifica el apartado segundo del art. 777 LEC que queda redactado del siguiente modo: “2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar (...)”.

Por último, en la Disposición Final Tercera de la citada Ley se hacía referencia a la necesidad de crear una Ley nacional de mediación: “El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”.

Tal previsión no se llevó a cabo, pese a la oportunidad de incorporar a nuestro ordenamiento una Ley sobre mediación en Derecho privado y a la necesidad de unificar las distintas legislaciones autonómicas⁴⁰⁵, y finalmente la mediación no vio aprobada su ley específica hasta el mes de julio de 2012, consecuencia

⁴⁰⁴ A este respecto, señala MARTÍN DIZ que “llama poderosamente la atención la nefasta redacción del precepto, de cuyo tenor literal parece desprenderse que quienes se *someten* a la mediación son las partes y no el litigio que las enfrenta. No debe extrañar entonces que se confunda la mediación con una terapia, y no se identifique con un verdadero sistema de resolución de conflictos. El legislador, queriendo o no, induce a ello con una técnica legislativa tan cuestionable como la expuesta. Urge la corrección de este defecto”. MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., págs. 237-238.

⁴⁰⁵ En este sentido, apuntaba MARTÍN DIZ que “es necesaria, imprescindible y apremiante una ley de mediación familiar (o en el Derecho privado) de carácter y dimensión estatal. Y, en cualquier caso, se conseguiría merced a una norma estatal unificadora eliminar la distorsionadora normativa autonómica en materia de mediación familiar, que incluso es rayana del desborde competencial autonómico en materia de familia que la Constitución confiere a las Comunidades Autónomas”. *Ibíd.*, pág. 240.

fundamentalmente de las presiones provenientes de la Unión Europea, que tuvo que amenazar expresamente a España con la imposición de sanciones económicas por no haber incorporado en plazo al ordenamiento interno la Directiva 2008/52/CE.

Uno de los principales problemas hasta la aprobación de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, había sido la dispersión normativa y la ausencia de una norma estatal que completase la normativa autonómica existente sobre mediación, asegurando la eficacia de la mediación y su coherencia con la legislación procesal.

Tampoco existía en nuestro ordenamiento jurídico una norma que pusiese en conexión la mediación y su práctica con el ejercicio de la jurisdicción, por lo que se hacía necesario cubrir estas lagunas.

Además, como ya se ha comentado, la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles* tenía que haber sido incorporada a nuestro ordenamiento antes del día 21 de mayo de 2011, en cumplimiento de lo dispuesto en la propia Directiva, lo que no se realizó en el citado plazo.

Con carácter previo a la aprobación, finalmente en marzo de 2012, del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, adaptando nuestra normativa a la comunitaria y poniendo fin al mencionado retraso, hubo otros intentos legislativos de incorporar la mediación.

2.2.3 Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 19 de febrero de 2010

Así, el 19 de febrero de 2010 se elevó al Consejo de Ministros por parte del Ministro de Justicia del Ejecutivo de Rodríguez Zapatero, el primer anteproyecto donde se incidía en que la modernización de la Administración de Justicia no pasa sólo por la mejora de su organización y el perfeccionamiento de las normas procesales, sino que es necesario abordar también otras fórmulas válidas y aceptadas en el Estado de Derecho, orientadas a preservar el ejercicio de la jurisdicción.

La futura normativa pretendía establecer una regulación genérica que sirviese de cobertura a las ya existentes en las Comunidades Autónomas y que además fuese norma de enlace con la Ley de Enjuiciamiento Civil, que habría de ser reformada a fin de incorporar las modificaciones que afectaban a varios de sus artículos, dotándose de esta forma de la necesaria seguridad jurídica a la mediación que de facto se venía realizando en algunas materias de derecho privado ajenas al ámbito estrictamente familiar.

El Anteproyecto constaba de la Exposición de Motivos, treinta y tres artículos estructurados en cinco capítulos, una disposición adicional y seis disposiciones finales que aseguraban el encaje de la mediación con los procedimientos judiciales.

Respecto de los capítulos, en el primero de ellos se recogían las disposiciones generales, tratándose de cuestiones como la definición de mediación, el ámbito de aplicación de la norma, los efectos que el inicio del procedimiento de mediación surtiría sobre los plazos de prescripción y caducidad, y el Registro de mediadores e instituciones de mediación cuya gestión dependería del Ministerio de Justicia.

En el capítulo segundo se desarrollaban los principios que habían de informar la mediación y el procedimiento en que había de desarrollarse.

En el capítulo tercero se recogía el estatuto del mediador, la formación que había de tener el mismo y se hablaba igualmente de quién habría de asumir los costes de la mediación.

En el capítulo cuarto se regulaba el proceso de mediación y los requisitos que había de reunir el acuerdo conseguido en el mismo, en su caso, para ser considerado válido.

Y, por último, en el capítulo quinto se establecía la regulación de la ejecución de los acuerdos de mediación.

Ya en la Exposición de Motivos se ponía de manifiesto que el propósito de la futura ley no era otro que poner en conexión la mediación y su ejercicio con el ámbito de la jurisdicción, configurándola como un cauce complementario de resolución de conflictos que había de reportar beneficios tanto para los ciudadanos, al poner a su disposición un nuevo instrumento para gestionar sus conflictos y poder obtener,

en determinadas ocasiones, una mejor solución que la que podrían conseguir en los tribunales, como para la propia Administración de Justicia a la que podría liberar de una importante carga de trabajo.

Se contempla, pues, la mediación no sólo como un mero instrumento encaminado o dirigido a descargar de procedimientos a los órganos judiciales, sino que se la valora en sí misma como un recurso más a disposición del ciudadano dentro del sistema de Administración de Justicia.

Se concibe la mediación como “un procedimiento informal y privado de solución de diferencias” y como “una fórmula extraprocesal que se proyecta en conflictos de diversa índole”.

Además de incorporar al Derecho español la Directiva 2008/52/CE, su regulación va más allá, conformándose como el “régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un régimen jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles”.

Como aspectos relevantes del Anteproyecto, se acoge un concepto de mediación basado en la voluntariedad y libre decisión de las partes, si bien con el fin de impulsar la institución se prevé que en determinados casos, en concreto para las reclamaciones de cantidad de hasta 6000 euros, se haya de intentar obligatoriamente la mediación, configurándose además como requisito necesario y previo a la interposición de procedimiento judicial, consistiendo dicho intento en la asistencia a una sesión informativa, después de la cual las partes, ahora sí, libre y voluntariamente decidirán si inician la mediación propiamente dicha o no.

Los principios informadores de la mediación recogidos en el Anteproyecto son los de voluntariedad, –aunque, como acabo de comentar, en algunos supuestos se establece obligatoriamente su intento–, el principio dispositivo, el de imparcialidad, el de neutralidad, el de confidencialidad y otros referidos a la actuación de las partes en el procedimiento de mediación como el de buena fe, el respeto mutuo entre las partes y su deber de colaboración y apoyo al mediador.

Respecto de la figura del mediador, siguiendo el modelo anglosajón, en el Anteproyecto se contempla un rol más activo de éste, frente a las legislaciones

autonómicas de mediación familiar que prevén un comportamiento menos intervencionista. Así, en la Exposición de Motivos, refiriéndose a la intervención del mediador, se señala que “se pretende una intervención activa y orientada a la solución de la controversia, a diferencia de otras figuras, como la conciliación, en la que la participación de un tercero se produce con una menor implicación o capacidad de propuesta”.

En cuanto a la formación que ha de acreditar el mediador, sólo se exige que el mismo se encuentre en el pleno disfrute de sus derechos civiles y tenga como mínimo el título de grado universitario de carácter oficial o extranjero convalidado, sin que haya de acreditar ningún tipo de formación específica en mediación.

El mediador, igualmente, habrá de ofrecer a las partes garantía inequívoca por la posible responsabilidad civil en que pudiera incurrir, para lo cual habrá de contratar un seguro obligatorio.

Por lo que respecta a los efectos del inicio de la mediación sobre los plazos procesales de prescripción, el Anteproyecto contempla la suspensión de los mismos, frente a la regla general de su interrupción, a fin de “eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseados”.

Se regula un proceso de mediación muy flexible, donde las partes y el propio mediador van a ser quienes determinen libremente sus líneas fundamentales. Se establece una duración máxima del proceso de dos meses, prorrogables con carácter excepcional y de común acuerdo entre las partes por un mes más.

Además de la “obligatoriedad” del intento de mediación en determinados supuestos, quizás el aspecto más relevante del Anteproyecto era el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo, pudiendo instarse directamente la ejecución del mismo ante los tribunales, siempre que dicho acuerdo hubiese sido alcanzado cumpliendo los requisitos dispuestos en la propia Ley.

2.2.4 Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 8 de abril de 2011

El anterior Anteproyecto se convirtió definitivamente en Proyecto de Ley y fue elevado por el Ministro de Justicia al Consejo de Ministros el día 8 de abril de 2011.

Las líneas principales del Proyecto son las mismas que las del anterior Anteproyecto, si bien se introduce alguna modificación.

Por ejemplo, se suprimen cuatro artículos respecto del texto anterior, así el Proyecto consta de la Exposición de Motivos, veintinueve artículos estructurados en cinco capítulos y ocho disposiciones finales que aseguran el encaje de la mediación con los procedimientos judiciales.

La estructura del texto es la misma que la del anterior, y el contenido muy similar.

Por lo que atañe a las cuestiones más relevantes del Anteproyecto, comentadas anteriormente, como la obligatoriedad del intento de mediación en algunos supuestos y el reconocimiento como títulos ejecutivos de los acuerdos de mediación, se mantiene la misma regulación en el nuevo texto, si bien se introduce un matiz respecto de los acuerdos de mediación que hayan de ser ejecutados en otro Estado, imponiéndose en este caso un control adicional de su validez, habiendo de ser protocolizados notarialmente para poder ser considerados como tales títulos ejecutivos, además de cumplir los requisitos que en su caso puedan exigir los Convenios internacionales de que España sea parte y la normativa de la Unión Europea.

Se matiza igualmente que sólo tendrán carácter de título ejecutivo, con efectos de cosa juzgada entre las partes, aquellos acuerdos de mediación que hayan sido concluidos de conformidad con los requisitos dispuestos en la propia Ley, lo que no condiciona ni impide la existencia de otros tipos de mediaciones que podrán seguir realizándose como lo venían haciendo hasta el momento y a las que no son de aplicación las disposiciones de la Ley.

Respecto de las modificaciones introducidas en el Proyecto, con relación al anterior texto, destaca la excesiva laxitud con que se regula el tema de las condiciones para ejercer de mediador. Si ya en el anterior texto no se exigía

formación específica en mediación, bastando con tener una titulación universitaria como mínimo de Grado, ahora en el nuevo Proyecto, además de no exigirse dicha formación específica en mediación, también podrán ser mediadores las personas que estén en posesión de un título oficial universitario o de educación profesional superior. Como requisitos adicionales se establece la necesidad de que se hallen en el pleno disfrute de sus derechos civiles, que carezcan de antecedentes penales por delito doloso, que tengan suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente y que figuren inscritos en el Registro de mediadores. Al menos, en el artículo 13, al referirse a la calidad y autorregulación de la mediación, se hace referencia a que las “Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos”, con lo que parece mostrarse la intención de que los mediadores hayan de formarse inicialmente en mediación y que dicha formación sea adecuada, a diferencia del texto anterior donde sólo se hacía alusión a la formación continuada de los mediadores, lo que resultaba bastante paradójico, ¿cómo dar formación continuada a alguien que carece de la formación inicial?. Sin embargo, no se entra en más detalles, dejando el tema de la formación, tanto inicial como continuada, para su posible desarrollo reglamentario.

Otra de las modificaciones que se introducen en el Proyecto hace referencia al procedimiento de mediación. Se alude a la necesidad de levantar acta de la sesión constitutiva, anteriormente llamada acta inicial, donde habrán de constar diversos aspectos como la identificación de las partes, la designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación, el objeto del conflicto, el programa de actuaciones y la duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, el coste total de la mediación o al menos las bases para poder determinar el mismo y, por último, la declaración de las partes de que deciden iniciar voluntariamente la mediación y que asumen las obligaciones que de ella pudieran derivarse. Se hace igualmente alusión a la necesidad de levantar acta final donde conste la conclusión del procedimiento y, en su caso, los acuerdos alcanzados que habrán de ser redactados de forma clara y comprensible, o la finalización del proceso por cualquier otra causa.

Sin embargo, desaparece la obligación recogida en el Anteproyecto de levantar acta de cada sesión de mediación que se celebre, además de la inicial y de la final, donde había de reflejarse su duración y la referencia a los asuntos hablados, lo cual resulta totalmente lógico y adecuado en aras a salvaguardar la confidencialidad de todo lo tratado durante las sesiones de mediación.

Otra de las novedades que se incluyen en el Proyecto es la modificación de la *Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación*, para incluir entre sus funciones, junto al arbitraje, la mediación.

Asimismo, por primera vez en nuestra legislación, se contempla la posibilidad de utilizar la mediación en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa y se prevé la modificación del art. 77 de la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, estableciendo la necesidad de que el juez o tribunal sometan necesariamente a las partes la posibilidad de un acuerdo transaccional cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad, pudiendo imponer a las mismas el sometimiento a las normas de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, relativas a sus principios, el estatuto del mediador y el procedimiento, para buscar vías más eficaces que permitan alcanzar acuerdos en los recursos contencioso-administrativos. Para ello los representantes de las Administraciones públicas demandadas habrán de contar con la autorización oportuna para poder llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de éstas. El intento de mediación implica la suspensión del procedimiento, habiendo las partes de dar cuenta al tribunal del resultado para la continuación o no de las actuaciones judiciales.

La modificación alcanza también al art. 106 para incorporar esta forma de terminación del proceso contencioso-administrativo a las reglas de pago de cantidad líquida a que sea condenada la Administración.

Por lo que respecta a las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducidas en virtud del Proyecto, destaca, como síntoma de la importancia que el legislador parece querer dar a la institución de la mediación, la del art. 394 relativo a las costas del procedimiento. Así, se añade un nuevo párrafo al apartado

2 del art. 394 por el que “se entenderá que existe temeridad a efectos de imposición de costas la inasistencia de una parte a la sesión informativa de la mediación cuando sea obligatoria”, modificación novedosa respecto al anterior Anteproyecto que no había contemplado tal posibilidad.

Si figuraba también en el Anteproyecto la previsión recogida en el art. 395.1 LEC para los supuestos de allanamiento: “Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación”.

Por último, se puede reseñar también la importancia que tanto en el Anteproyecto, como en el posterior Proyecto se presta a la utilización de medios electrónicos en la mediación, previéndose que las partes puedan acordar que todas las actuaciones que haya que realizar, o parte de ellas, puedan ser llevadas a cabo mediante la utilización de dichos medios electrónicos, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y la mediación se lleve a cabo de conformidad con los principios dispuestos en la propia Ley. Se pretende igualmente que las mediaciones que consistan en la reclamación de una cantidad que no supere los 300 euros, se desarrollen íntegramente por medios electrónicos, salvo que dicha posibilidad no fuera factible para alguna de las partes.

En la Disposición final quinta del Proyecto se prevé la creación de un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad que tendrá una duración máxima improrrogable de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud por la institución de mediación y que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos.

Este Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles se quedó en fase de tramitación parlamentaria y no pudo ver la luz por el anticipo de las elecciones generales y el cambio de Gobierno derivado de las mismas.

2.2.5 Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

Ya con el nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011, se retomó el proyecto de mediación, fruto fundamentalmente del retraso en la trasposición de la Directiva 2008/52/CE y de la amenaza de sanción económica por dicho motivo proveniente de las autoridades comunitarias.

De esta forma, finalmente, el día 7 de marzo de 2012 entra en vigor el *Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, primera norma de carácter nacional que regula la mediación en materia civil en nuestro país⁴⁰⁶.

En la línea de los anteriores proyectos, comienza la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley señalándose que “una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja.

En este contexto, desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia”.

Por tanto, se contempla la incorporación de la mediación al sistema de Administración de Justicia como un instrumento que puede funcionar como complemento al proceso judicial, como un recurso más a disposición del ciudadano que puede ofrecer una solución distinta y más adecuada en determinadas ocasiones, garantizando en suma una tutela judicial efectiva más amplia que la que obtenida a través del sistema adversarial clásico.

⁴⁰⁶ En este sentido, en la propia Exposición de Motivos se pone de manifiesto que “precisamente, el transcurso del plazo de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2008/52/CE, que finalizó el 21 de mayo de 2011, justifica el recurso al Real Decreto-ley como norma adecuada para efectuar esa necesaria adaptación de nuestro Derecho, con lo que se pone fin al retraso en el cumplimiento de esta obligación, con las consecuencias negativas que comporta para los ciudadanos y para el Estado por el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea”.

En este sentido, se continúa exponiendo en el texto legal que “entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre las partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha deslindar con claridad”.

Por tanto, parece quedar clara la voluntad del legislador de impulsar la mediación, concibiéndola como un método que puede ser alternativo al procedimiento judicial, evitando que todos los conflictos acaben en los tribunales y preservando el mismo para aquellos asuntos que así lo requieran, o bien complementario a éste, pudiendo tener viabilidad incluso cuando el procedimiento judicial ya ha sido iniciado.

Es de destacar, además, que se conciba la mediación como un mecanismo más dentro de la Administración de Justicia, como un instrumento al servicio de la paz jurídica. A este respecto, en el expositivo segundo de la referida Exposición de Motivos, se apunta que la mediación “como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia”.

La estructura del Real Decreto-ley es bastante similar a la de los proyectos precedentes. Así, el texto consta de la Exposición de Motivos, veintiocho artículos estructurados en cinco títulos, tres disposiciones adicionales y ocho disposiciones finales.

En el título primero se recogen las disposiciones generales relativas a la definición de mediación, el ámbito material y espacial de la misma, los efectos sobre los plazos de prescripción y caducidad, y las referencias a las instituciones de mediación.

En el título segundo se regulan los principios de la mediación, que son los mismos recogidos en los textos anteriores, es decir, voluntariedad y libre disposición,

imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, además de los relativos a la conducta que han de observar las partes durante la mediación, como son la buena fe, el respeto mutuo y el deber de colaboración y apoyo al mediador.

En el título tercero se contiene el estatuto del mediador, los requisitos que ha de reunir para poder trabajar como tal, sus principios de actuación en el proceso y sus obligaciones para con las partes.

En el título cuarto se regula el procedimiento de mediación y se establecen los requisitos imprescindibles que se han de reunir para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar.

En el título quinto se establece el procedimiento de ejecución de los acuerdos de mediación, que ya no son títulos directamente ejecutivos, como en los anteriores proyectos, sino que ahora para adquirir tal condición habrán de ser elevados a escritura pública ante un notario o bien ser homologados por un juez.

Las disposiciones finales armonizan el encaje de la mediación con los procedimientos judiciales, para lo que se prevé la modificación de varios artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como particularidad, y a mi entender totalmente injustificable, en el mismo Real Decreto-ley se aprovecha para reformar la *Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales*, con “el objetivo de dar satisfacción a las legítimas expectativas de los estudiantes de Derecho que, en el momento de la publicación de aquella ley, se encontraban matriculados en sus estudios universitarios y, como consecuencia de la publicación de la misma, ven completamente alteradas las condiciones de acceso a las profesiones de abogado y procurador”. Sin restar importancia a la finalidad de la meritada reforma, considero que éste no era precisamente el texto para abordar la misma y que la mediación, regulada por primera vez como ley estatal, merecía un espacio único e independiente.

Por lo que a la mediación estrictamente se refiere, destacan varios aspectos.

En primer lugar, respecto del ámbito objetivo, es de reseñar que en el anterior proyecto se acordaba incluir la mediación en el ámbito de los recursos

contencioso-administrativos, sin embargo ahora una de las materias excluidas expresamente del ámbito de aplicación del Real Decreto-ley es la mediación con las Administraciones Públicas.

En cuanto a los efectos del inicio del procedimiento de mediación sobre los plazos procesales de prescripción y caducidad, el legislador, con buen criterio, sigue apostando por la suspensión de los mismos que se prolongará hasta que se produzca la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, del acta final o se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en el propio Real Decreto-ley.

Los principios informadores de la mediación siguen siendo los mismos, voluntariedad y libre disposición, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, y los comentaré más adelante con mayor detenimiento. Simplemente, destacar que desaparece la obligatoriedad del intento de mediación en cualquier supuesto, por lo que la mediación será voluntaria en todo caso, no pudiéndose obligar a nadie a acudir ni tan siquiera a la sesión informativa.

Respecto de las partes se pone de manifiesto que la mediación se organizará del modo en que las mismas tengan por conveniente y que actuarán de conformidad con los principios de buena fe y respeto mutuo. Como manifestación de este principio de buena fe, una vez iniciada la mediación, las partes no podrán iniciar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto de la misma, produciéndose un efecto similar al de la litispendencia, pudiendo las partes denunciar tal extremo, en caso de producirse, mediante declinatoria ante el tribunal al que le haya correspondido conocer del procedimiento judicial.

En cuanto a los requisitos que ha de reunir el mediador, se establece que podrán serlo las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan algún tipo de incompatibilidad con el ejercicio de su profesión de origen.

No se exige ningún tipo de formación, universitaria u otra, para poder ejercer de mediador, pero en cambio sí que se exige acreditar formación específica en mediación, que se podrá adquirir mediante la realización de uno o varios cursos impartidos por instituciones debidamente acreditadas.

Respecto de los contenidos que han de tener dichos cursos, los mismos habrán de aportar conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, a nivel tanto teórico como práctico, sin embargo nada se señala acerca de qué duración habrán de tener dichos cursos, qué nivel de conocimientos será exigible o cuáles son o serán las instituciones debidamente acreditadas, así como los requisitos que han de ostentar éstas, cuestiones que deja para un posterior desarrollo reglamentario, tal y como se establece en la Disposición final quinta.

Al mediador se le exigirá igualmente un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente para cubrir la eventual responsabilidad en que pueda incurrir en el ejercicio de su labor.

Se hace referencia también a que el Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes –sin especificar cuáles son–, en colaboración con las instituciones de mediación, habrán de fomentar la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, así como la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión a los mismos de las citadas instituciones.

Respecto de la actuación del mediador, se aboga por una conducta activa del mismo, tendente a lograr el acercamiento entre las partes. Se opta, pues, por un modelo de mediador más intervencionista, lo cual, como ya he comentado, entiendo casa perfectamente con una mediación mercantil, pero quizás no tanto con una donde lo que se está debatiendo son cuestiones familiares, aunque en cualquier caso el mediador habrá de adaptar su conducta al conflicto en particular en el que esté interviniendo.

En cuanto al procedimiento de mediación, podrá iniciarse de común acuerdo entre las partes o por una de ellas en cumplimiento de un pacto de sometimiento previo existente entre las mismas, pero desaparece la obligación de asistir a una sesión informativa en los juicios verbales de reclamación de cantidad, por lo que el inicio del procedimiento de mediación tendrá en todo caso carácter voluntario.

Otra cuestión relevante de la nueva regulación es que la información de qué parte o partes no acudieron a la sesión informativa no tendrá carácter confidencial y, por

tanto, podrá ser tenida en cuenta a la hora de apreciar la existencia de mala fe en una posible condena en costas de dicha parte o partes.

Respecto de la duración del procedimiento de mediación, desaparece la referencia a la duración máxima, que los textos anteriores establecían en dos meses, prorrogables excepcionalmente por un mes más, y ahora simplemente se hace alusión a que “la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones”, lo que parece adecuado en consonancia con la predicada flexibilidad del mismo.

El acuerdo de mediación que se alcance, en su caso, deberá ser firmado por las partes, quienes habrán de presentar el mismo al mediador en el plazo máximo de diez días desde que se firmó el acta final de la mediación, para que asimismo proceda a su firma, por lo que se deduce, aunque no se expresa claramente, que el acuerdo habrá de ser redactado por las partes o sus representantes.

El mediador habrá de informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de la posibilidad que tienen de elevarlo a escritura pública ante un notario a fin de dotar al mismo de eficacia o carácter ejecutivo.

Desaparece, pues, uno de los principales pilares en los que se sustentaba el desarrollo e impulso de la mediación en los dos proyectos anteriores, cuál era el carácter de título ejecutivo de los acuerdos de mediación, sin mayores requisitos o formalidades adicionales.

Ahora para la formalización del acuerdo de mediación como título ejecutivo habrá de elevarse a escritura pública ante un notario, habiendo de acompañarse igualmente el acta de la sesión constitutiva y el acta de la sesión final del procedimiento. El notario hará un control de legalidad del documento, habrá de verificar que se han cumplido los requisitos dispuestos en el real Decreto-ley y que el acuerdo no es contrario a Derecho, sólo en ese caso procederá a elevar a escritura pública el mismo dotándole de carácter ejecutivo.

Obviamente, si el acuerdo se ha alcanzado en el marco de una mediación desarrollada después de iniciado un procedimiento judicial, bien a instancia de las propias partes o a sugerencia del juez, las partes podrán solicitar del órgano

judicial que estuviere conociendo del asunto que proceda a homologar el acuerdo alcanzado, dotándole en este caso igualmente de plena eficacia o carácter ejecutivo.

En cuanto a la utilización de medios electrónicos, se acuerda ampliar a 600 euros la cantidad de referencia para desarrollar las mediaciones que consistan en reclamaciones de cantidad, salvo que el empleo de dichos medios no sea posible para alguna de las partes.

Respecto de las disposiciones adicionales, destaca la Disposición adicional segunda que se refiere al impulso de la mediación y establece que “las Administraciones Públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia proveerán la puesta a disposición de los órganos judiciales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial”, loable intención que quedó precisamente en eso, en intención, sin que en ningún momento durante el período de vigencia del Real Decreto-ley llegase a cumplirse tal previsión.

El período de vigencia del Real Decreto-ley fue bastante breve, apenas cuatro meses, siendo sido derogado por la *Ley 5 /2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

2.2.6 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

El día 7 de julio de 2012 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado⁴⁰⁷, la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, que deroga el anterior *Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, que viene a consolidar la figura de la mediación civil y mercantil en el ordenamiento jurídico español.

Dicha ley viene a coincidir en su práctica totalidad con lo dispuesto en el anterior Real Decreto-ley, si bien se introduce alguna modificación.

En el expositivo segundo del Preámbulo de la Ley se pone de manifiesto como a través de la misma se viene a incorporar definitivamente al Derecho español la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008,*

⁴⁰⁷ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y, además, su regulación va más allá del contenido de dicha norma comunitaria, en línea con la previsión de la disposición final tercera de la *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, donde se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley nacional sobre mediación, conformando “un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles”.

Se excluyen de su ámbito de aplicación la mediación penal, la mediación con las Administraciones públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo, si bien, tal y como se refiere en la propia Ley, dichas exclusiones “no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren, sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes”⁴⁰⁸.

La estructura de la Ley es prácticamente idéntica a la del anterior Real Decreto-ley. Así, el texto consta del Preámbulo, veintisiete artículos –uno menos que el anterior texto legal– estructurados en cinco títulos, cuatro disposiciones adicionales –una más que en el anterior–, una disposición derogatoria del anterior Real Decreto-ley, y diez disposiciones finales –dos más que su predecesor–.

En el título primero se regulan las cuestiones relativas al ámbito material y espacial de la mediación, los efectos sobre los plazos de prescripción y caducidad y las instituciones de mediación.

En el título segundo se recogen los principios de la mediación, que son los mismos ya contemplados en los textos anteriores, es decir, voluntariedad y libre disposición, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, además de las reglas o directrices que han de guiar la conducta de las partes durante la mediación, como son la buena fe, el respeto mutuo y el deber de colaboración y apoyo al mediador.

⁴⁰⁸ A este respecto, señala MARTÍN AMAYA que es un “curioso matiz que no recogía el ya derogado Decreto de 5 de marzo de 2012 y que nos invita a pensar que la mediación podría ser ampliada en un futuro más o menos lejano”. MARTÍN AMAYA, J.L., *Mediación y recuperación de deudas en Derecho Español*, Hispalex Editorial, Sevilla, 2012, pág. 61.

En el título tercero se contiene el estatuto mínimo del mediador, los requisitos que ha de reunir dicha figura, así como sus principios de actuación en el proceso y las circunstancias que ha de poner de manifiesto a las partes para garantizar su imparcialidad, siguiendo el modelo establecido en el *Código de Conducta Europeo para Mediadores*.

En el título cuarto se regula el procedimiento de mediación y se establecen los requisitos imprescindibles que se han de reunir para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siguiendo la premisa, tal y como se pone de manifiesto en el Preámbulo de la Ley, de que “alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto”.

Por último, en el título quinto se establece el procedimiento de ejecución de los acuerdos de mediación, que para constituirse como títulos ejecutivos habrán de ser elevados a escritura pública ante un notario, no estableciéndose diferencias con el régimen de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos, cuyo cumplimiento haya de llevarse a cabo en otro Estado.

Las disposiciones finales armonizan el encaje de la mediación con los procedimientos judiciales, para lo que se prevé la modificación de varios artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, operándose una serie de cambios de carácter procesal que van a facilitar la aplicación de la mediación dentro del proceso civil. Así, se regula la posibilidad que van a tener las partes de poder disponer del objeto del juicio, pudiendo solicitar del órgano judicial la suspensión del procedimiento judicial para acudir a mediación, pero se prevé también la facultad del juez de que sea él directamente quien pueda sugerir a las mismas la posibilidad de acudir a mediación a fin de intentar resolver consensuadamente el litigio que les ocupa. Respecto de esta última posibilidad, se señala en la propia Ley que “se trata de una novedad que, dentro del respeto a la voluntad de las partes, trata de promover la mediación y las soluciones amistosas de los litigios”.

Se entiende por mediación, según se establece en el art. 1 de la Ley, “aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o

más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”⁴⁰⁹.

Es una definición bastante similar a la recogida en el art. 3 de la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, “se entenderá por mediación: un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador”.

De dichas definiciones, destacaría su flexibilidad. Se recoge un concepto amplio de mediación, adaptado a las distintas denominaciones que pueda recibir la misma, porque como ya he comentado en este trabajo es frecuente confundir la mediación con algunas figuras afines como la conciliación o la facilitación.

Se destaca el carácter voluntario de la mediación y la necesaria intervención de un mediador para que pueda ser considerada como tal.

Al igual que en el anterior texto del Real Decreto-ley, en cuanto a los efectos del inicio del procedimiento de mediación sobre los plazos procesales de prescripción y caducidad, se sigue apostando por la suspensión de los mismos que se producirá desde el momento en que conste la recepción de la solicitud de mediación por parte del mediador o el depósito de la misma ante una institución de mediación y se prolongará hasta que se produzca la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, del acta final o se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en la propia Ley.

⁴⁰⁹ De dicha definición, destaca ÁLVAREZ SACRISTÁN que “la primera característica es que se trata de una actuación voluntaria que no está sometida a obligación procesal alguna ni a imposición del juez, para que lleguen a un acuerdo. La segunda, es que cualquiera que sea la forma que se denomine (contrato, arbitraje, conciliación, etc.) si reúne las notas de la mediación ha de llamarse así y gozar de los efectos de ella. Y otra de las notas, es que no se trata de un acuerdo entre las partes simplemente –que sería un contrato o una transacción– sino que debe intervenir un mediador”. ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *La mediación civil y mercantil (Comentario y Formularios)*, Gomylex, 2012, pág. 65.

Los principales principios informadores de la mediación, según se establece en la Ley, son los de voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, neutralidad y confidencialidad.

Desaparece definitivamente la obligatoriedad del intento de mediación en cualquier supuesto, por lo que la mediación será voluntaria en todo caso, no pudiéndose obligar a nadie a acudir ni tan siquiera a una sesión informativa.

A este respecto, apunta MARTÍN AMAYA que le parece “desacertado que el recurso a la nueva institución sea absolutamente voluntario: esta voluntariedad es máxima, por cuanto no obliga a las partes a acudir a una sesión informativa. La posibilidad de difundir la mediación puede quedar mermada con este planteamiento”⁴¹⁰.

Respecto de la conducta de las partes en la mediación, se señala que las mismas habrán de actuar de conformidad con los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, no pudiendo ejercitar ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto de la mediación mientras ésta se encuentre en curso, con excepción de la solicitud de medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la posible pérdida de bienes o derechos.

En cuanto a las condiciones para ejercer de mediador, se establece que podrán serlo las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan algún tipo de incompatibilidad con el ejercicio de su profesión de origen.

Se estipula igualmente que las personas jurídicas que se dediquen a la mediación habrán de designar para su ejercicio a una persona natural que, en todo caso, habrá de cumplir con los requisitos exigidos en la misma Ley para poder ser mediador.

A diferencia del Real Decreto-ley, donde no se exigía ningún tipo de formación universitaria o de cualquier otra clase, ahora para poder ejercer de mediador se deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y además acreditar formación específica en mediación, que se podrá adquirir mediante la realización de uno o varios cursos impartidos por

⁴¹⁰ MARTÍN AMAYA, J.L., *Mediación y recuperación de deudas...*, op. cit., pág. 55.

instituciones debidamente acreditadas que tendrán validez en todo el territorio nacional.

Sin embargo, y a diferencia también del Real Decreto-ley donde se establecía que los cursos habrían de contener y aportar una serie de conocimientos jurídicos, psicológicos, etc., ahora nada se concreta respecto de los contenidos de dichos cursos, ni de su duración, el nivel de conocimientos que será exigible o cuáles son o serán las instituciones debidamente acreditadas, cuestiones que deja para el posterior desarrollo reglamentario, tal y como se establece en la Disposición final octava.

Al mediador se le exigirá igualmente un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente para cubrir la eventual responsabilidad en que pueda incurrir en el ejercicio de su labor.

Se deja igualmente para el posterior desarrollo reglamentario de la Ley, la cuestión de la formación continua de los mediadores, así como el fomento de la elaboración de códigos de conducta voluntarios a fin de que se puedan adherir a los mismos los centros e instituciones de mediación que se creen en su momento, habiendo de fomentar las Administraciones públicas competentes y el Ministerio de Justicia tanto la formación inicial, como la continua y la adhesión a dichos códigos.

Por lo que respecta a la actuación del mediador, éste habrá de facilitar la comunicación entre las partes y velar porque dispongan de la información y asesoramiento suficiente durante el proceso mediación, abogándose por una conducta activa del mismo, tendente a lograr el acercamiento entre las partes. Se reconocen igualmente una serie de derechos y deberes del mediador, destacando la obligación que éste tiene de poner de manifiesto a las partes cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar cualquier tipo de conflicto de intereses.

En cuanto al procedimiento de mediación, al igual que ya se regulaba en el Real Decreto-ley, podrá iniciarse de común acuerdo entre las partes o por una de ellas en cumplimiento de un pacto de sometimiento previo existente entre las mismas, habiendo de presentarse dicha solicitud ante la institución de mediación o

directamente ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o designado de común acuerdo por todas ellas.

Respecto de la duración del procedimiento de mediación, desaparece definitivamente cualquier límite temporal, significándose simplemente que “la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones”.

Se establece un procedimiento de mediación muy sencillo donde prima la voluntad de las partes y del propio mediador.

El acuerdo de mediación que se alcance, en su caso, puede serlo sobre la totalidad de las cuestiones tratadas o sólo sobre parte de ellas. Desaparece la mención que se hacía en el Real Decreto-ley respecto de la obligación de las partes de presentar al mediador el acuerdo alcanzado para su firma en el plazo de diez días, dándose a entender que dicho acuerdo había de ser redactado por las partes o sus representantes. Ahora en la Ley simplemente se reseña que el acuerdo deberá firmarse por las partes o sus representantes, pero desaparece la obligación de dar traslado al mediador en el plazo de diez días, por lo que ahora parece deducirse, aunque sigue sin especificarse claramente, que el acuerdo o acuerdos que las partes alcancen deberán ser recogidos y redactados por las partes o por el propio mediador, quien no tiene obligación de firmar dichos acuerdos, a diferencia de lo establecido en el texto anterior.

El mediador tiene que informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo que las mismas han alcanzado y de la posibilidad que tienen de elevarlo a escritura pública ante un notario a fin de configurarlo como título ejecutivo.

Para la formalización del acuerdo de mediación como título ejecutivo habrá de elevarse a escritura pública ante un notario, habiendo de acompañar al mismo el acta de la sesión constitutiva y el acta de la sesión final del procedimiento, no siendo necesaria en ningún caso la presencia del mediador. El notario habrá de verificar que se han cumplido los requisitos dispuestos en la Ley y que el acuerdo no es contrario a Derecho.

En cuanto a la utilización de medios electrónicos, se establece que las mediaciones que consistan en reclamaciones de cantidad cuya cuantía no exceda de 600 euros, habrán de desarrollarse preferentemente a través de dichos medios, salvo que su empleo no sea posible para alguna de las partes.

Respecto de las disposiciones adicionales, se refieren al reconocimiento de las instituciones o servicios de mediación, al impulso de la mediación por parte de las Administraciones Públicas competentes, al cálculo de los honorarios notariales de la escritura pública de formalización de los acuerdos de mediación –que habrán de minutarse como “documentos sin cuantía”, para no encarecer excesivamente los mismos–, y a la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad –habiéndose de garantizar “la accesibilidad de los entornos, la utilización de la lengua de signos y los medios de apoyo a la comunicación oral, el braille, la comunicación táctil o cualquier otro medio o sistema que permita a las personas con discapacidad participar plenamente del proceso”–.

Por último, las Disposiciones finales se refieren a diversas cuestiones.

La Disposición final primera prevé la modificación de la *Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales*, a fin de atribuirles la función de impulsar y desarrollar la mediación.

La Disposición final segunda establece la modificación de la *Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación*, a fin de atribuir igualmente a estos entes la misma función atribuida a los Colegios de Abogados, impulsar y desarrollar la mediación.

En la Disposición final tercera se regula la modificación de distintos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a fin de adaptar los mismos a lo dispuesto en la Ley de Mediación. En este sentido, destaca por ejemplo la facultad de las partes de solicitar la suspensión del procedimiento para acudir a mediación, la posibilidad de presentar declinatoria por hallarse las partes incurso en un procedimiento de mediación, la apreciación de mala fe en casos de allanamiento, a efectos de ulterior condena en costas, si antes de presentada la demanda se hubiera iniciado una mediación, o la posibilidad del tribunal de “invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso, a través de un procedimiento de

mediación, instándolas a que acudan a una sesión informativa”, tanto en el caso del procedimiento ordinario, como del juicio verbal.

La Disposición final cuarta no tiene nada que ver con la mediación y hace referencia a la modificación de la *Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales*.

La Disposición final quinta se refiere al título competencial y pone de manifiesto que la presente Ley de mediación se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil.

En la Disposición final sexta se hace mención a la incorporación al Derecho español en virtud de la presente Ley de la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

En la Disposición final séptima se regula un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad, cuya duración máxima será de un mes –prorrogable por acuerdo entre las partes– y donde las pretensiones de las partes no pueden estar referidas a argumentos de confrontación de derecho.

En la Disposición final octava se hace referencia al desarrollo reglamentario de la Ley y se establece que el Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, podrá prever los instrumentos necesarios para el control de los requisitos exigidos a los mediadores y a las instituciones de mediación, incluyendo la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, así como la duración y contenido mínimo exigible del curso o cursos iniciales que habrán de realizar los mediadores para poder acreditarse como tal y también de los de formación continua.

La Disposición final novena se refiere a la evaluación de las medidas acordadas en la Ley que habrá de ser efectuada por informe del Gobierno y remitida a las Cortes Generales en el plazo de dos años desde su entrada en vigor.

Por último, la Disposición adicional décima hace referencia a la entrada en vigor de la Ley, que se produjo a los veinte días de su publicación en el BOE.

2.2.7 Proyecto de Real Decreto por el que desarrolla la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores, de 31 de julio de 2012

Tal y como se estipulaba en la Disposición final octava de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, el Ministerio de Justicia comenzó a trabajar en un Proyecto de Real Decreto por el que se desarrollase la Ley de Mediación.

El primer texto o borrador elaborado es de fecha de 31 de julio de 2012 y viene a incidir fundamentalmente en las cuestiones relativas a la formación de los mediadores, su publicidad a través de la creación del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación y el aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mismos.

Según se establece en el Preámbulo del referido texto, “la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles hace una apuesta clara por la calidad de la mediación, lo que lleva a imponer determinados requisitos al mediador”.

Como se comentó con anterioridad, en la Ley 5/2012 únicamente se requiere para ser mediador hallarse en pleno ejercicio de los derechos civiles y estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior, así como contar con formación en mediación pero sin especificar cuál ha de ser dicha formación inicial específica en mediación.

Ahora en el Borrador se señala que la “formación del mediador constituye un requisito fundamental del mismo, ligado a la eficacia con la que ha de desempeñar su labor y que, además de la ley, ampara la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que establece la obligación de los Estados miembros de fomentar la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz”.

Hasta aquí, parece que el legislador siguiendo los consejos apuntados desde la Unión Europea opta por la implementación de una mediación de calidad, considerando la formación del mediador como un requisito fundamental del

mismo. Pero, a continuación y en el posterior desarrollo de tales intenciones, entiendo que el legislador regula un modelo de formación claramente insuficiente y que, en absoluto, viene a garantizar la supuesta calidad pretendida.

Se habla de una “concepción abierta de la formación, sin establecer requisitos estrictos o cerrados respecto a su configuración, los cuales con carácter general han de estar relacionados con la titulación del mediador y su experiencia profesional. De éstas dependerá la duración y contenidos de la formación para que el mediador cuente con la preparación necesaria”.

Por tanto, se prevé hacer depender la formación exigible al mediador de determinados factores específicos, como la titulación previa del mismo, que puede tener cierto sentido si tenemos en cuenta que algunos módulos de la citada formación se podrían convalidar en función de los conocimientos previos de los mismos –por ejemplo los que tengan que ver con cuestiones jurídicas a aquellas personas que sean licenciados o graduados en Derecho, e igual se podría hacer con aquellos que tengan que ver con contenidos de psicología para los psicólogos, psicopedagogos u otras profesiones que hayan podido estudiar previamente dichos contenidos– , y la experiencia profesional, lo que a mí entender ya no tiene tanto sentido, toda vez que poco o nada tiene que ver tener una dilatada experiencia por ejemplo en el ejercicio de la profesión de notario, o registrador, o médico, o economista, etc., con el desempeño profesional de la mediación.

Se establece en el art. 5 del Borrador que “la duración mínima de la formación específica del mediador será de 40 horas, siendo preciso en tal caso que el mediador cuente con una experiencia profesional acreditada previa de, al menos, 10 años. Cuando la experiencia profesional sea de entre 5 y 10 años la formación mínima del mediador habrá de ser de 60 horas”.

Sí parece prestar atención el legislador a la importancia de la formación práctica dentro de lo que ha de suponer la formación global del mediador. Así, se establece en el art. 4 del Borrador que dicha formación práctica habrá de ser de al menos un 30% del total, habiendo de incluir “simulación de situaciones y trabajos en grupo”.

Si la formación se desarrolla a distancia a través de medios electrónicos, establece el legislador que al menos un 40% de la misma habrá de realizarse de forma

presencial si el curso es de una duración inferior a 60 horas, y un 20% si dicha duración es superior.

Por lo que respecta a la formación continua que habrá de exigirse a los mediadores, el legislador también recoge una regulación que se antoja insuficiente, bastando con acreditar 20 horas cada cinco años, sin especificar si dicha formación habrá de consistir en un curso o varios, o los contenidos de la misma, aunque se dice que habrán de ser de carácter eminentemente práctico.

En cuanto a los Centros de formación que podrán llevar a cabo la formación específica en mediación, tanto la inicial como la continua, se establece en el art. 7 que habrán de contar “con la debida autorización por la Administración pública con competencia en la materia”.

También será válida la formación recibida en centros o instituciones extranjeras, siempre que tengan la acreditación suficiente para impartir dicha formación en sus respectivos países y que la misma se adapte a los contenidos y duración exigidos en el propio reglamento.

Mediante Disposición adicional única, se prevé que la formación que hubieran recibido los mediadores con anterioridad a la entrada en vigor en su día del Reglamento, será válida siempre y cuando se ajuste a las previsiones del propio Reglamento, pudiéndose tener en cuenta a efectos de completar la formación exigida.

Además de las cuestiones relativas a la formación del mediador, en el Proyecto se regula también la creación del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación que tiene por objeto “facilitar el acceso a la mediación de los ciudadanos a través de la publicidad de los mediadores profesionales y las instituciones que tengan por objeto el impulso y administración de la mediación”.

El acceso al Registro será gratuito y la inscripción en el mismo tiene carácter voluntario, si bien ésta permitirá acreditar la condición de mediador a los efectos previstos en la Ley.

El Registro tendrá dos secciones, la sección primera corresponderá a los mediadores individuales y la sección segunda las instituciones de mediación.

En el Registro constarán, además de los datos personales de los mediadores, su especialidad profesional, su titulación, formación específica de mediación, experiencia profesional y el área geográfica donde vaya a desarrollar su actividad. Deberá constar igualmente que tiene suscrito el correspondiente seguro de responsabilidad civil y su pertenencia, en su caso, a alguna institución de mediación, así como si se encuentra registrado en algún otro Registro de mediadores dependiente de otra Administración pública. Igualmente, el mediador habrá de comunicar al Registro cualquier modificación de sus datos, así como actualizar la información relativa a su experiencia y formación continua.

Podrán inscribirse también mediadores de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que acompañen a su solicitud una certificación oficial del Registro de su país de origen.

Las instituciones de mediación habrán de aportar al Registro, para su inscripción, su denominación, domicilio, fines y actividades estatutarias, ámbito territorial de actuación y la disponibilidad de medios electrónicos para el ejercicio de la mediación.

Si las instituciones son extranjeras o de carácter internacional habrán de indicar además la ley aplicable a las mediaciones que se desarrollen en España, así como si se encuentran inscritas en el Registro de otros países.

Las instituciones registradas tendrán la obligación de comunicar cualquier modificación de sus datos, así como el cese en sus actividades a fin de poder proceder a su cancelación registral.

Si las instituciones son sancionadas o incumplen sus obligaciones también podrán ser dadas de baja en el Registro.

Se establece también en el Proyecto que el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia habrá de estar coordinado con los demás registros que puedan existir en las Comunidades Autónomas y podrán suscribir convenios de colaboración con los mismos a fin de acordar la remisión recíproca de información, así como la inscripción y modificación de datos vía interconexión.

Por último, se regula la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del mediador, tal y como se prevé expresamente en la Ley de Mediación.

Así, “todo mediador deberá contar con un contrato de seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente por cuya virtud el asegurador o entidad de crédito se obligue, dentro de los límites pactados, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función”.

Dicha obligación, tal y como se pone de manifiesto también en el propio Proyecto, puede venir derivada de actos u omisiones realizados por el mediador que “lesionen directamente los intereses de las partes y que supongan una infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, así como los derivados de error profesional o la pérdida o extravío de expedientes o documentos de las partes”.

La póliza de responsabilidad civil, según el Proyecto, tendrá que tener una cuantía mínima de 100.000 euros.

2.2.8 Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores, de 13 de noviembre de 2012

Ante las críticas recibidas al primer Proyecto de norma de desarrollo de la Ley, críticas provenientes desde prácticamente todos los colectivos relacionados con la mediación, el Ministerio de Justicia realizó un segundo Proyecto de fecha 13 de noviembre de 2012, que despertó igualmente bastantes comentarios y críticas.

Es un texto bastante similar al anterior, si bien introduce algunas modificaciones sobre diversas cuestiones.

Se sigue manteniendo la idea de una “concepción abierta de la formación, sin establecer requisitos estrictos o cerrados respecto a su configuración, los cuales con carácter general han de estar relacionados con la titulación del mediador y su

experiencia profesional”, si bien ahora se añade además que también habrán de guardar relación con el ámbito en el que preste sus servicios, lo cual es perfectamente lógico.

Prevé el legislador hacer depender la duración y los contenidos de la formación precisamente de estas tres variables, si bien no entra a especificar, por ejemplo, los años de experiencia profesional en relación con el número de horas de formación exigible, como se hacía en el texto anterior.

Frente a las 40 horas de formación mínima que se exigían en el primer Proyecto, vinculando además dicha formación mínima a una experiencia profesional previa de al menos 10 años –en caso de que no se tuviese esa experiencia de 10 años, la formación habría de ser de 60 horas mínimo–, ahora se establece en el art. 5 que “la duración mínima de la formación específica del mediador será de 50 horas” y que “la duración de la formación del mediador estará relacionada con su titulación y su experiencia profesional”, pero no se especifica cuál habrá de ser dicha relación, con lo que no se sabe muy bien quién habrá de concretar la misma, si las propias instituciones que vayan a ofrecer la formación o las autoridades encargadas de su implementación.

Se insiste en la importancia de la formación práctica dentro de la formación global del mediador, habiendo de ser de al menos un 30% del total, si bien ya no se hace mención a que la misma haya de incluir simulación de situaciones y trabajos en grupo. No se especifica, pues, qué ha de entenderse por formación práctica, dejando abiertos tanto los contenidos, como la calidad de dicha formación práctica. Si la formación se desarrolla a distancia a través de medios electrónicos, se establece que al menos un 40% de la misma habrá de realizarse de forma presencial si el curso es de una duración inferior a 80 horas, bastando con un 20% si dicha duración es superior.

Por lo que respecta a la formación continua que habrá de exigirse a los mediadores, al igual que en el texto anterior el legislador se limita a exigir 20 horas cada cinco años, sin especificar los contenidos de la misma, aunque se señala que habrán de ser de carácter eminentemente práctico.

En cuanto a los Centros de formación que podrán llevar a cabo la formación específica en mediación, simplemente se establece en el art. 7 que habrán de contar “con la debida autorización por la Administración pública con competencia en la materia”, pero al igual que en el anterior borrador se sigue sin especificar qué Administración será la designada al efecto.

Los Centros podrán organizar también actividades de formación continua que habrá de ser especialmente de carácter práctico, pero tampoco se concreta nada al respecto.

También será válida la formación recibida en centros o instituciones extranjeras, siempre que tengan la acreditación suficiente para impartir dicha formación en sus respectivos países y que la misma se adapte a los contenidos y duración exigidos en el propio Proyecto.

Se mantiene igualmente la Disposición adicional única, que prevé que la formación que hubieran recibido los mediadores con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto será válida, pudiéndose tener en cuenta a efectos de completar la formación exigida.

Se incluye una Disposición transitoria única que permite acreditar la formación del mediador mediante certificación de su inscripción en el Registro de mediadores de una Comunidad Autónoma o en algunos de los registros que hayan podido crear los distintos colegios profesionales, asociaciones o fundaciones de mediadores, siempre que incluyeran requisitos de formación.

Respecto de las cuestiones relativas al Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación no se introduce prácticamente ninguna modificación respecto de lo recogido en el anterior Proyecto.

El acceso al Registro tanto para los mediadores, como para las instituciones de mediación, tiene carácter voluntario, si bien la inscripción permitirá acreditar la condición de mediador a los efectos previstos en la Ley.

Se mantienen las dos secciones del Registro, la sección primera corresponderá a los mediadores individuales y la sección segunda a las instituciones de mediación.

En cuanto a los datos que habrán de figurar en el Registro, no se modifica nada respecto del primer Proyecto, por lo que habrán de constar, además de los datos personales de los mediadores, su especialidad profesional, su titulación, formación específica de mediación, experiencia profesional y el área geográfica donde vaya a desarrollar su actividad. Deberá constar igualmente la póliza del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional o garantía equivalente y pertenencia, en su caso, a alguna institución de mediación, así como si se encuentra registrado en algún otro Registro de mediadores dependiente de otra Administración pública.

Los mediadores reconocidos como tal en otros Estados miembros de la Unión Europea tendrán que acompañar a su solicitud una certificación oficial emitida por la autoridad competente de su país que acredite dicha condición.

El mediador habrá de comunicar al Registro cualquier modificación de sus datos, así como actualizar la información relativa a su experiencia y formación continua.

Las instituciones de mediación habrán de aportar al Registro, para su inscripción, su denominación, domicilio, fines y actividades estatutarias, ámbito territorial de actuación, la disponibilidad de medios electrónicos para el ejercicio de la mediación, así como la póliza del contrato de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. Si disponen de página web, habrán de indicar igualmente si en dicha página se pueden consultar sus estatutos o reglamentos en materia de mediación, códigos de buenas prácticas si los tuvieren, el listado de mediadores que puede actuar en su ámbito, así como cualquier otra información que consideren de relevancia a los fines de la mediación.

Si las instituciones de mediación son extranjeras o de carácter internacional habrán de indicar también la ley aplicable a las mediaciones que se desarrollen en España, así como si se encuentran inscritas en el Registro de otros países.

Al igual que los mediadores individuales, las instituciones tendrán la obligación de comunicar al Registro cualquier modificación de sus datos, así como el cese en sus actividades a fin de poder proceder a su cancelación registral.

Las instituciones ejercerán también una labor de control de sus propios mediadores y habrán de comunicarlas sanciones que hubieran podido imponer a

los mismos, así como los posibles incumplimiento de éstos en el cumplimiento de sus obligaciones, en especial en lo que se refiere a la no renovación o incumplimiento de su obligación de aseguramiento.

Se establece en el Proyecto que el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia habrá de estar coordinado con los demás registros que puedan existir en las Comunidades Autónomas a fin de asegurar que los datos que figuran en uno y otros son los mismos, así como por cuestiones de eficacia administrativa y economía de actuaciones. Se podrán suscribir convenios de colaboración con dichos registros autonómicos a fin de acordar la remisión recíproca de información sobre mediadores e instituciones, así como la inscripción y modificación de datos a través de su interconexión.

Por último, al igual que en el texto anterior, se regula la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del mediador, tal y como se prevé expresamente en la Ley de Mediación.

Así, se establece en el art. 24 que “todo mediador deberá contar con un contrato de seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente por cuya virtud el asegurador o entidad de crédito se obligue, dentro de los límites pactados, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función”.

A diferencia del texto anterior, donde se establecía que la póliza de responsabilidad civil había de tener una cuantía mínima de 100.000 euros, ahora se dispone que la suma asegurada o garantizada habrá de ser proporcional a la entidad de los asuntos en los que el mediador pueda intervenir, si bien se establece una cuantía mínima de 20.000 euros, habiendo el mediador de informar a las partes de la cobertura concreta de su seguro, lo que parece ciertamente excesivo al no preverse dicha obligación para el ejercicio de otras profesiones.

2.2.9 Proyecto de Real Decreto por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 28 de noviembre de 2013

Transcurrido más de un año desde el último Proyecto, y ante las críticas y observaciones recibidas desde prácticamente todos los colectivos relacionados con la mediación, el Ministerio de Justicia elaboró un nuevo Proyecto de fecha 28 de noviembre de 2013, que vino a introducir algunas novedades importantes, si bien no respondió totalmente a las expectativas creadas sobre el mismo, quedándose lejos de resolver todas las cuestiones controvertidas que levantaron sus predecesores.

Como una de las principales novedades en el nuevo texto, además de la formación del mediador, su publicidad a través de un Registro y el aseguramiento de su responsabilidad profesional, ahora también se aborda el desarrollo y promoción del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos que, en un principio, iba a tener su propio desarrollo reglamentario en un texto independiente.

Otra de las importantes novedades que se prevén en el nuevo Proyecto hace referencia a la formación mínima exigible al mediador, que duplica el número de horas previsto en el anterior. Así, se establece en el art. 5 que “la duración mínima de la formación específica del mediador será de 100 horas de docencia efectiva o, en su caso, un número de créditos equivalente conforme al Sistema Europeo de Transferencia y Acumulación de Créditos (ECTS)”.

Se señala, igualmente, en el art. 5 que será válida también la formación recibida ante instituciones extranjeras, siempre que la duración mínima sea de 100 horas o su equivalente en créditos ECTS y que dichas instituciones estén debidamente acreditadas en sus países de origen.

Respecto de la formación práctica, se incrementa también el porcentaje exigido que pasa de un 30% a un 35%. Como novedad asimismo, se establece en el art 4.2 que “las prácticas incluirán ejercicios y simulación de casos y, de manera preferente, la participación asistida en mediaciones reales”.

Otro importante aspecto novedoso es que desaparece cualquier referencia a la formación realizada a distancia, es decir de carácter no presencial o semipresencial.

En cuanto a la formación continua que habrá de exigirse a los mediadores, al igual que en el texto anterior el legislador se limita a exigir 20 horas cada cinco años, en una o varias actividades, pero sin especificar los contenidos de la misma, aunque se señala que habrán de ser de carácter eminentemente práctico. Se estipula también que los cursos de especialización en algún ámbito de la mediación serán computables a efectos de formación continua.

Por lo que respecta a los Centros de formación que podrán llevar a cabo la formación específica en mediación, al igual que en el anterior texto, se establece en el art. 7 que habrán de contar “con la debida autorización por la Administración pública con competencia en la materia”, pero se sigue sin especificar qué Administración será la designada al efecto.

Los Centros podrán organizar también actividades de formación continua que habrá de ser especialmente de carácter práctico, pero tampoco se concreta nada más al respecto.

Como novedad importante, se establece la obligación de los Centros de remitir al Ministerio de Justicia, a través de su sede electrónica, “sus programas de formación en mediación, indicando sus contenidos, metodología y evaluación de la formación que vayan a realizar, así como el perfil de los profesionales a los que vaya dirigida, acompañando el modelo de certificado de la formación que entreguen a sus alumnos”.

En cuanto a las cuestiones relativas al Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación no se introducen muchas modificaciones respecto de lo recogido en el anterior Proyecto.

Se señala que el Registro tendrá carácter público e informativo y se constituirá como una base de datos informatizada accesible a través de la página web del Ministerio de Justicia.

El Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, dependerá del Ministerio de Justicia y su responsable será el Subsecretario de Justicia, sin embargo, y es una novedad en el nuevo texto, la gestión del mismo se ha atribuido a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que tendrá la consideración de encargada del fichero a los efectos de lo previsto en la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, e igualmente será el órgano ante el que se ejerzan los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

El acceso al Registro tanto para los mediadores, como para las instituciones de mediación, tiene carácter voluntario, si bien la inscripción permitirá acreditar la condición de mediador a los efectos previstos en la Ley.

Se mantienen las dos secciones del Registro, la sección primera corresponderá a los mediadores individuales y la sección segunda a las instituciones de mediación.

Los mediadores reconocidos como tal en otros Estados miembros de la Unión Europea también podrán solicitar su inscripción, pero tendrán que acompañar a su solicitud una certificación oficial emitida por la autoridad competente de su país que acredite dicha condición.

Las instituciones de mediación podrán solicitar su inscripción en el Registro, con independencia de su carácter público o privado, español o extranjero, pudiendo hacerlo también las de carácter internacional.

Como novedad importante se incluye la obligación de facilitar no sólo el listado de mediadores que actúen en su ámbito, sino también los criterios de selección de los mismos, que habrán de garantizar en todo caso la transparencia en la designación.

Otra aspecto novedoso relevante es que las instituciones de mediación habrán de facilitar también al Registro los sistemas de garantía de calidad internos y externos, tales como mecanismos de reclamaciones, de evaluación del servicio, de evaluación de los mediadores y procedimientos sancionadores o disciplinarios.

Asimismo como novedad, se establece la obligación de presentar ante el Registro una memoria anual de las actividades realizadas en la que se indiquen el número de mediadores designados, de mediaciones desarrolladas por mediadores que actúen dentro de su ámbito y su finalización en acuerdo o no.

Si las instituciones de mediación son extranjeras o de carácter internacional habrán de indicar si se encuentran inscritas en el Registro de otros países, pero desaparece la obligación de señalar también la ley aplicable a las mediaciones que se desarrollen en España.

En el Proyecto, al igual que en el texto anterior, se regula la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del mediador y de las instituciones de mediación, tal y como se prevé expresamente en la Ley de Mediación.

Así, se establece que los mediadores habrán de contar con un contrato de seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente que cubra el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios que pueda causar en el ejercicio de su función.

Si se trata de mediadores que desempeñan su labor en alguna institución de mediación, la propia institución podrá asumir la cobertura de los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionar los mismos.

Al igual que en el anterior Proyecto, se dispone que la suma asegurada o garantizada habrá de ser proporcional a la entidad de los asuntos en los que el mediador pueda intervenir, si bien se establece una cuantía mínima de 20.000 euros, habiendo el mediador de informar a las partes de la cobertura concreta de su seguro.

Tal y como se indicaba en la Ley 5/2012, se habrá de desarrollar preferentemente por el procedimiento simplificado por medios electrónicos la mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros, salvo que el empleo de dichos medios no sea posible para alguna de las partes o bien las pretensiones de las partes se refieran a argumentos de confrontación de derecho y una de las principales novedades del actual Proyecto es la inclusión y regulación en el mismo del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

2.2.10 Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

Tan sólo quince días después de la presentación del Proyecto, de 28 de noviembre de 2013, se produjo la aprobación del definitivo *Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*⁴¹¹.

A pesar del breve tiempo transcurrido entre uno y otro texto, el Real Decreto introduce algunas modificaciones relevantes respecto a cuestiones tratadas en el Proyecto anterior, así como temas nuevos que no habían sido abordados hasta el presente texto.

Finalmente, en el Real Decreto, tal y como se hacía en el último Proyecto, se desarrollan cuatro aspectos esenciales de la Ley 5/2012, que son la formación del mediador, su publicidad a través de un Registro dependiente del Ministerio de Justicia, el aseguramiento de su responsabilidad profesional y la promoción del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

A. Formación del mediador

Respecto del tema de la formación del mediador, al igual que en los anteriores Proyectos, se sigue manteniendo la idea de una “concepción abierta de la formación”, de conformidad con “los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que rigen la actuación de los mediadores”.

En este sentido, se señala en el Expositivo II del Preámbulo que “en cualquier caso, en virtud de los términos de la habilitación para su aprobación contenida en la Ley 5/2012, de 6 de julio, este Real Decreto se limita a regular los requisitos mínimos de esa formación, pero sin establecer de manera cerrada la que haya de realizar cada mediador”.

La principal novedad, apuntada ya en el anterior Proyecto, hace referencia a la formación mínima exigible al mediador, que duplica el número de horas exigido en

⁴¹¹ BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.

proyectos anteriores. Se establece en el art. 5 que “la duración mínima de la formación específica del mediador será de 100 horas de docencia efectiva”. Entiendo que con buen criterio, el legislador ha hecho desaparecer la mención contenida en el último Proyecto, de 28 de noviembre, que hacía referencia a las citadas 100 horas “o, en su caso, un número de créditos equivalente conforme al Sistema Europeo de Transferencia y Acumulación de Créditos (ECTS)”. Dicha equivalencia puede resultar en la práctica ciertamente complicada de constatar, dado que los créditos ECTS incluyen un número de horas variable de asistencia presencial a clases, trabajos prácticos y trabajo particular del alumno que permite un margen importante de discrecionalidad al evaluador, por lo que, de haberse mantenido, se podrían haber generado situaciones de desigualdad entre los distintos programas formativos, según estuviesen basados en horas de docencia efectiva o en créditos ECTS.

Se señala en el art. 5, que será válida también la formación recibida ante instituciones extranjeras, siempre que la duración mínima sea de 100 horas y que dichas instituciones estén debidamente acreditadas en sus países de origen. Desaparece también la referencia a la equivalencia en créditos ECTS, contenida en el último Proyecto. Como novedad, se hace referencia a que dicha formación será computable a efectos de completar la duración de la formación mínima exigida.

Respecto de la formación práctica, se incrementa también el porcentaje mínimo exigido que pasa de un 30% a un 35%. Como novedad, asimismo, se establece en el art 4.2 que “las prácticas incluirán ejercicios y simulación de casos y, de manera preferente, la participación asistida en mediaciones reales”.

Otra importante novedad es que desaparece cualquier referencia a la formación realizada a distancia, es decir de carácter no presencial o semipresencial, que sí había sido regulada expresamente en anteriores proyectos legislativos.

En cuanto a la formación continua que se va a exigir a los mediadores, al igual que en textos anteriores, finalmente el legislador se ha limitado a exigir 20 horas cada cinco años, en una o varias actividades. No se especifican los contenidos de la misma, aunque se dice que habrán de ser de carácter eminentemente práctico. Se

señala también que los cursos de especialización en algún ámbito de la mediación serán computables a efectos de formación continua.

Se establece la obligación de los centros de formación de remitir al Ministerio de Justicia, a través de su sede electrónica, “sus programas de formación en mediación, indicando sus contenidos, metodología y evaluación de la formación que vayan a realizar, así como el perfil de los profesionales a los que vaya dirigida, acompañando el modelo de certificado de la formación que entreguen a sus alumnos”.

Se mantiene igualmente la previsión, ahora en la Disposición adicional primera, de la validez de la formación que hubieran recibido los mediadores con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto, pudiéndose tener en cuenta a efectos de completar la formación exigida.

En la Disposición transitoria primera se señala que hasta el día 1 de junio de 2014 se podrá acreditar la formación del mediador mediante certificación de su inscripción en el Registro de mediadores de una Comunidad Autónoma, pero desaparece la mención, que figuraba en anteriores textos, respecto de los registros que hubieren podido crear los distintos colegios profesionales, asociaciones o fundaciones de mediadores.

B. Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación

Se acuerda la creación del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, cuya finalidad será la de facilitar el acceso de los ciudadanos a la mediación a través de la publicidad tanto de los mediadores, como de las instituciones de mediación.

La principal novedad contenida en el Real Decreto 980/2013, que además no había sido contemplada hasta el momento por ninguno de los proyectos anteriores, hace referencia a la inclusión en el futuro Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación de una nueva sección donde habrán de inscribirse los mediadores concursales, contemplados en el Título X de la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, título introducido en virtud de la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, por lo que el Registro finalmente estará

integrado por tres secciones: la sección primera donde se inscribirán los mediadores, la sección segunda en la que figurarán los mediadores concursales y la sección tercera para las instituciones de mediación.

Además, también como novedad, se establece la obligatoriedad de inscripción en el Registro, pero sólo para los mediadores concursales⁴¹².

Parece en cualquier caso, que, pese a no establecer la obligatoriedad de la inscripción, el legislador sí que “insta” a los mediadores e instituciones a inscribirse y, así, se señala en el Preámbulo que “la regulación del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación hace de él una pieza importante para reforzar la seguridad jurídica en este ámbito, en la medida que la inscripción en el mismo permitirá acreditar la condición de mediador, que plasmada en el acta inicial de una mediación será objeto de comprobación tanto por el notario que eleve a escritura pública el acuerdo de mediación, como el juez que proceda a la homologación judicial de tales acuerdos”.

Esta última mención a la comprobación que habrán de realizar el notario o el juez, en su caso, respecto de la condición del mediador no había estado incluida en ninguno de los proyectos anteriores y parece con ello querer reforzarse la importancia de la inscripción en el Registro. Si el mediador no se encuentra inscrito en el Registro, podría ser requerido por el notario o el juez a fin de acreditar ante los mismos su formación y que cumple con todos los requisitos exigidos por la Ley 5/2012, mientras que si se encuentra inscrito dicha verificación se podría hacer directamente accediendo a la página web del Registro que habilitará el Ministerio de Justicia y que garantiza que los mediadores que figuran en el mismo cumplen efectivamente con dichos requisitos⁴¹³.

⁴¹² De hecho, en el apartado 1 del art. 233 de la Ley Concursal, se establece la necesidad de que sea el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia el que suministre al portal del Boletín Oficial del Estado los datos necesarios para facilitar a los Notarios y Registradores Mercantiles el nombramiento de mediadores concursales, por lo que se hace fundamental la existencia y regulación de este Registro como paso previo al nombramiento de los mediadores concursales.

⁴¹³ Se señala igualmente en el Preámbulo del Real Decreto, “la importancia de esta acreditación a fin de cumplir con lo dispuesto en la Directiva 2008/52/CE que impone a los Estados miembros el deber de garantizar que sus normas sobre plazos de caducidad y prescripción no impidan a las partes recurrir a los tribunales o al arbitraje en caso de que fracase su intento de mediación y en relación con cuestiones como la necesidad de que el principio de confidencialidad despliegue sus

En cuanto a las cuestiones relativas al Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación no se introducen muchas modificaciones más respecto de lo recogido en el anterior proyecto.

Se señala que el Registro tendrá carácter público e informativo y se constituirá como una base de datos informatizada accesible a través de la página web del Ministerio de Justicia.

El Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, como es lógico, dependerá del Ministerio de Justicia, pero desaparece la mención que se efectuaba en el anterior proyecto y que hacía referencia a la figura del Subsecretario de Justicia como responsable del mismo. Sin embargo, lo que no parece tan lógico, toda vez que este Registro nada tiene que ver con la nacionalidad o el estado civil de las personas, es la novedad, introducida en el último proyecto de 28 de noviembre y confirmada en el texto del Real Decreto, por la que se atribuye la gestión del mismo a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que tendrá la consideración de encargada del fichero a los efectos de lo previsto en la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, e igualmente será el órgano ante el que se ejerzan los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Desaparece la mención al carácter gratuito de la inscripción en el Registro, que se incluía en el primer Proyecto, por lo que es de esperar, que cuando empiece a funcionar el mismo haya que abonar alguna cuota por la inscripción.

El acceso al Registro tanto para los mediadores, como para las instituciones de mediación, tiene carácter voluntario, si bien la inscripción permitirá acreditar la condición de mediador a los efectos previstos en la Ley, como he comentado. La inscripción habrá de realizarse cumplimentando el formulario que a tal fin se pondrá a disposición de los interesados en la sede electrónica del Ministerio de Justicia. Entiendo que, toda vez que no está prevista la creación de un organismo a tal fin, habría sido más conveniente decretar la obligatoriedad de la inscripción a fin de que el Registro funcione como mecanismo de control y garante del

efectos en un posible proceso posterior entre las partes que previamente recurrieron a la mediación”.

cumplimiento de los requisitos exigidos para poder ejercer profesionalmente la mediación.

En cuanto a los datos que los mediadores habrán de aportar al Registro, no se ha modificado nada respecto del anterior Proyecto, por lo que habrán de constar, además de los datos personales de los mediadores (nombre, apellidos y NIF), su dirección profesional e información de contacto, su especialidad profesional, su titulación, formación específica de mediación, experiencia profesional y el área geográfica donde vaya a desarrollar su actividad. Deberá constar asimismo la póliza del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional o garantía equivalente y la pertenencia, en su caso, a alguna institución de mediación, así como si se encuentra registrado en algún otro registro de mediadores dependiente de otra Administración pública.

Toda esta información será pública y estará a disposición de cualquier persona que quiera consultarla, salvo la información relativa al número de identificación fiscal y respecto de la póliza de aseguramiento o garantía equivalente, sólo se indicará su existencia, la entidad con la que se haya constituido y la cuantía asegurada.

El mediador que desee inscribirse en el Registro también habrá de acreditar al mismo, tal y como exige la Ley 5/2012, estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior, así como que cuenta con la formación específica requerida para ejercer la mediación, si no lo hace se denegará su inscripción. Como novedad, se incluye asimismo la posibilidad del encargado del Registro de dirigirse al centro que certificó la formación alegada o, en su caso, a la institución de mediación a la que pertenezca a fin de verificar la misma.

Los mediadores reconocidos como tal en otros Estados miembros de la Unión Europea también podrán solicitar su inscripción, pero tendrán que acompañar a su solicitud una certificación oficial emitida por la autoridad competente de su país que acredite dicha condición, además, y esto es una novedad del Real Decreto, de una traducción jurada de la misma.

En caso de error u omisión de alguno de los datos exigidos se concederá un plazo de diez días al solicitante para que proceda a subsanar y si no lo hace su solicitud será archivada. Contra la denegación o el archivo de solicitud, el solicitante podrá

interponer recurso de alzada ante el Subsecretario de Justicia a través de la sede electrónica del Ministerio de Justicia.

El mediador habrá de comunicar al Registro cualquier modificación de sus datos, así como actualizar la información relativa a su experiencia y formación continua. La falta de acreditación por parte del mediador de la formación continua que debe recibir será causa de baja del mismo en el Registro.

También serán motivos de baja en el Registro la extinción del contrato de seguro de responsabilidad civil o la garantía equivalente que se hubiere constituido; la inhabilitación suspensión para el ejercicio de su profesión por autoridad competente, incluyendo por tales los Colegios Profesionales y las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación; la propia solicitud del interesado; el fallecimiento del mismo; la concurrencia de causa que determine la imposibilidad física o jurídica de continuar en la prestación de la actividad de mediación; o la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato, manifestación o documento presentado para la inscripción.

Como novedad del Real Decreto, se incluye la obligación de las instituciones de mediación de comunicar al encargado del Registro cualquiera de las causas de baja señaladas que afecten a alguno de los mediadores que actúen en su ámbito, concediéndoseles para ello un plazo de diez días desde que tuvieren conocimiento de las mismas.

Respecto a la inscripción de los mediadores concursales, se señala en el Real Decreto 980/2013 que podrán solicitarlo las personas naturales o jurídicas que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 233.1 de la Ley Concursal⁴¹⁴.

⁴¹⁴ Art. 233.1: “El nombramiento de mediador concursal habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del «Boletín Oficial del Estado», la cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. El mediador concursal deberá reunir, además de esta condición de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, alguna de las que se indican en el apartado 1 del artículo 27. En todo lo no previsto en esta Ley en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes”. Art. 27.1: “1. La administración concursal estará integrada por un único miembro, que deberá reunir alguna de las siguientes condiciones: 1.º Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho

Se limita, pues, considerablemente el acceso a la inscripción, exigiéndose, además, de los requisitos generales de formación en mediación, ser abogado o economista con al menos cinco años de experiencia profesional y formación específica en materia concursal. Si el mediador concursal estuviera colegiado podrá justificar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos mediante certificado electrónico emitido por el respectivo Colegio Profesional.

Si es una persona jurídica la que solicita la inscripción, habrá de concretar las personas naturales que la representarán.

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos, el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación habrá de comunicar de forma inmediata y por medios electrónicos a la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado los datos del mediador concursal a fin de que sea incluido en el Portal al que se refiere el art. 233 de la Ley Concursal. Del mismo modo, habría que comunicarse de forma inmediata la baja del mediador.

El ingreso de los mediadores concursales en el Portal se hará por orden cronológico de recepción y los registradores mercantiles y los notarios podrán acceder al mismo a través de certificado reconocido de firma electrónica a fin de solicitar el nombramiento de dichos mediadores cuando corresponda.

Si el mediador designado no aceptase el cargo, el registrador mercantil o el notario podrán realizar una nueva solicitud y el mediador que rechazó el mismo pasaría al final de la lista, no pudiendo volver a ser designado hasta que le llegase nuevamente su turno.

Según se establece en la Disposición transitoria segunda del Real Decreto, hasta la entrada en funcionamiento del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, la relación de mediadores concursales que se comunicará a la Agencia Boletín Oficial del Estado se confeccionará a partir de las listas de administradores

Concursal. 2.º Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal. También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal”.

concursales que cumplan con los requisitos establecidos en el propio Real Decreto, es decir que acrediten formación en mediación, además de los requisitos establecidos en la Ley Concursal.

En cuanto a las instituciones de mediación, éstas podrán solicitar su inscripción en el Registro, con independencia de su carácter público o privado, español o extranjero, pudiendo hacerlo también las de carácter internacional.

Las instituciones habrán de aportar al Registro para su inscripción una serie de datos (denominación, domicilio, fines y actividades estatutarias, ámbito territorial de actuación, etc.).

Se incluyen una serie de novedades importantes, ya apuntadas en el Proyecto de 28 de noviembre de 2013. Así, en primer lugar, se establece la obligación de facilitar no sólo el listado de mediadores que actúen en su ámbito, sino también los criterios de selección de los mismos, que habrán de garantizar en todo caso la transparencia en la designación.

Otra de las novedades relevantes es que las instituciones de mediación habrán de facilitar también al Registro los sistemas de garantía de calidad internos y externos, tales como mecanismos de reclamaciones, de evaluación del servicio, de evaluación de los mediadores y procedimientos sancionadores o disciplinarios.

Asimismo, se establece la obligación de presentar ante el Registro una memoria anual de las actividades realizadas. Dichos informes anuales de actividad habrán de ser publicados igualmente en la web de la propia institución.

Si las instituciones de mediación son extranjeras o de carácter internacional habrán de indicar si se encuentran inscritas en el Registro de otros países, pero desaparece la obligación de señalar también la ley aplicable a las mediaciones que se desarrollen en España.

Al igual que los mediadores individuales, las instituciones tendrán la obligación de comunicar al Registro cualquier modificación de sus datos, así como el cese en sus actividades a fin de poder proceder a su baja registral.

Las instituciones ejercerán también una labor de control y habrán de comunicar las sanciones disciplinarias que hubieran podido imponer a los mediadores que actúen en su ámbito.

Se establece en el Real Decreto que el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia habrá de estar coordinado con los demás registros de mediadores que puedan existir en las Comunidades Autónomas a fin de asegurar que los datos que figuran en uno y otros son los mismos, así como por cuestiones de eficacia administrativa y economía de actuaciones.

El Ministerio de Justicia podrá suscribir convenios de colaboración con las Comunidades Autónomas a fin de acordar la remisión recíproca de información sobre mediadores e instituciones, así como fórmulas de simplificación de la inscripción y modificación de datos en los distintos registros a través de su interconexión.

C. El seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente de los mediadores e instituciones de mediación

En el Real Decreto 980/2013, al igual que en todos los textos anteriores, se regula la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del mediador y de las instituciones de mediación, tal y como se prevé expresamente en la Ley de Mediación.

Así, se establece que los mediadores habrán de contar con un contrato de seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente que cubra el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios que pueda causar en el ejercicio de su función. Respecto de los posibles daños que pueden, en su caso, ocasionar los mediadores se hace mención a la infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, error profesional o la pérdida o extravío de expedientes y documentos de las partes.

El seguro podrá ser independiente o bien, dichas responsabilidades podrán ser aseguradas dentro de otra póliza que incluya la cobertura de la responsabilidad correspondiente a la actividad de mediación, como ya está sucediendo en la

práctica en algunos seguros que cubren la responsabilidad civil de algunas profesiones como abogados o psicólogos.

Si se trata de mediadores que desempeñan su labor en alguna institución de mediación, la propia institución podrá asumir la cobertura de los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionar los mismos.

Se dispone que la suma asegurada o garantizada habrá de ser proporcional a la entidad de los asuntos en los que el mediador pueda intervenir, si bien respecto del anterior texto, desaparece la mención que se efectuaba respecto de la exigencia de una cuantía mínima de cobertura de 20.000 euros. Como novedad, se introduce la obligación del mediador de informar a las partes, con carácter previo al inicio del procedimiento, de la cobertura de su responsabilidad civil, habiendo de dejar constancia de la misma en el acta inicial.

Se determina, igualmente, la obligación de aseguramiento de la responsabilidad de las instituciones de mediación, que podrá venir producida por la designación del mediador o por el incumplimiento de alguna de las obligaciones que les incumben. La institución de mediación también habrá de asumir, solidariamente con el mediador, la responsabilidad derivada de la actuación de éste, garantizándose de esta forma la previsión establecida en la Ley que faculta al posible perjudicado para poder entablar acciones tanto contra el mediador como contra la institución a la que pertenezca, sin perjuicio del derecho de ésta a repetir contra el mediador por dichas acciones.

D. El procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos

Una de las principales novedades del Real Decreto 980/2013, apuntada ya en el último Proyecto de 28 de noviembre de 2013, es la inclusión en el mismo del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

En el Real Decreto no se efectúa una regulación detallada de dicho procedimiento, simplemente se señalan los aspectos mínimos relativos a la especificidad de su objeto, su duración y la utilización de medios electrónicos, aspectos que han de asegurar que el mismo se desarrolle con las garantías necesarias, remitiéndose para las demás cuestiones al régimen general de la Ley 5/2012

Tal y como se indicaba en la Ley, habrá de desarrollar preferentemente por el procedimiento simplificado por medios electrónicos la mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros, salvo que el empleo de dichos medios no sea posible para alguna de las partes o bien las pretensiones de las partes se refieran a argumentos de confrontación de Derecho.

La duración máxima del procedimiento simplificado será de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud, si bien dicho plazo podrá ser prorrogable por acuerdo de las partes.

Igualmente de mutuo acuerdo, las partes podrán transformar un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos en cualquier otro procedimiento de mediación, pudiendo acordar que dentro del mismo procedimiento algunas actuaciones se lleven a cabo de manera presencial.

Finalmente, se introduce una Disposición adicional tercera que señala que “las medidas incluidas en este Real Decreto no supondrán incremento de dotaciones ni de retribuciones ni de otros gastos de personal”, dejándose bastante claro que pese a la “apuesta” formal por la mediación desde la Administración, en la práctica no se va a realizar ningún esfuerzo por institucionalizar la mediación, ni siquiera en el ámbito de la mediación conectada con los tribunales, ni por dotarla de una estructura básica que implique la puesta a su disposición de cualquier tipo de recurso material o humano.

Se establece en la Disposición final tercera que el Real Decreto entrará en vigor en el plazo de tres meses desde su publicación en el BOE y, para la puesta en funcionamiento del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, se señala que los centros de formación habrán de remitir la información oportuna a partir del 1 de marzo de 2014, siendo la fecha de apertura del Registro para la realización de solicitudes de inscripción por parte de los mediadores, mediadores concursales e instituciones de mediación el 1 de abril de 2014, y la de inicio de publicidad del Registro el 1 de junio de 2014.

3.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL

Tal y como se establece en el art. 2 de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, el ámbito de aplicación de la misma se circunscribe a “las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español”.

3.1 ÁMBITO TERRITORIAL: CONFLICTOS TRANSFRONTERIZOS Y CONFLICTOS NACIONALES

La delimitación de los conflictos transfronterizos frente a los de carácter nacional constituye un elemento clave desde el punto de vista del ámbito de aplicación, por cuanto la Directiva 2008/52/CE sólo vinculaba o era de aplicación a aquellos conflictos transfronterizos que afectasen a nacionales de los Estados miembros.

El tratamiento de esta cuestión en la Ley se realiza en unos términos que no coinciden literalmente con los de la Directiva, pues el art. 2.1 de la citada Ley se refiere a todo tipo de conflictos transfronterizos y no sólo, o no específicamente, a los conflictos transfronterizos intracomunitarios, que son los únicos a los que la Directiva se aplica.

En cualquier caso, la propia Directiva, en su Considerando (8) señala que “Las disposiciones de la presente Directiva solo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, pero nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de carácter nacional”.

En consecuencia, se puede entender acertada la opción del legislador de ampliar el ámbito de aplicación a los conflictos de carácter nacional, así como a aquéllos de carácter transfronterizo extracomunitario.

La Ley 5/2012 regula en el art. 3 la mediación en conflictos transfronterizos y dispone que “un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o alguna de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto”.

Tal y como señala BARONA VILAR⁴¹⁵, existen varias diferencias entre la legislación europea y la regulación española. La primera, como ya se ha señalado es que en la ley española no se hace referencia a “Estado miembro”, como en la Directiva, por lo que la mediación contemplada en la norma española, además de ser de aplicación a los conflictos internos, también lo es a los conflictos de carácter transfronterizo – tanto a los de carácter intracomunitario como a los que trascienden de dichos Estados miembros–.

Otra de las diferencias se refiere a la referencia genérica que se hace en la ley española a la decisión de las partes de hacer uso de la mediación, desvinculándola del momento concreto en que se inicia el litigio, del momento en que se remite por un tribunal a mediación o en que se formula la invitación a someterse a mediación, instantes todos ellos que sí encuentran expresa mención en la Directiva. Esta cuestión puede llegar a plantear algún problema de seguridad jurídica, habiendo de concluir que, según la ley española, la referencia al uso de la mediación debe entenderse al momento en que efectivamente se inicia la mediación, quedando con ello salvada la exigencia de concreción temporal a los efectos de determinar si es una mediación interna o transfronteriza.

En la actualidad, la práctica de la mediación en asuntos de carácter transfronterizo es aún muy escasa por su especial complejidad, existiendo evidentes complicaciones a la hora de determinar la ley aplicable a los acuerdos alcanzados –

⁴¹⁵ Vid. BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 140-143.

que dependerá de la materia sobre la que verse la mediación– y su eficacia extraterritorial, lo que hace que no exista una excesiva seguridad y garantías jurídicas que ayuden a su impulso y desarrollo.

A pesar de no estar aún muy extendida, al menos existe un marco legal que regula la mediación en estos conflictos de carácter transfronterizo. Por tanto, en principio, la mediación se puede aplicar a todos los conflictos, tengan carácter transfronterizo o nacional, que surjan dentro de una relación civil o mercantil, siempre y cuando las partes puedan disponer libremente de su objeto.

3.2 ÁMBITO MATERIAL: ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES Y DERECHOS Y MATERIAS DE LIBRE DISPOSICIÓN

Otro contorno que delimita la aplicación de la mediación lo constituye, por tanto, la libre disposición del objeto litigioso por las partes en conflicto, constituyéndose como un presupuesto ineludible.

Tal y como pone de manifiesto MARTÍN DIZ, “la mediación, en su función de solución del conflicto, no es omnímoda. La mediación en España, con su configuración actual, no puede abarcar todo tipo de materias y conflictos.

La mediación topa con el freno de los derechos y bienes no disponibles o determinados límites en cuanto a la disponibilidad de la acción (en materias penales constitutivas de delitos públicos) y por tanto no comprende todo el universo de situaciones, conflictos y litigios de trascendencia jurídica. La mediación ciñe su ámbito de aplicación a aquellas materias, derechos y situaciones que legalmente sean disponibles para las partes o bien que, en su caso, sean susceptibles de ser homologadas judicialmente (el acuerdo que dirima el conflicto)”⁴¹⁶.

A este respecto también, apunta ÁLVAREZ SACRISTÁN que “las partes no pueden formalizar una mediación –y terminar con acuerdo– con renuncia de un derecho inalienable o que vaya en perjuicio de una tercera persona ajena a la mediación. La indisponibilidad de estos derechos va vinculada a la irrenunciabilidad que nos lleva a la aplicación de un derecho imperativo o derecho necesario. Se pone en

⁴¹⁶MARTÍN DIZ, F., *La mediación como sistema complementario...*, op. cit., pág. 87.

relación con la exclusión voluntaria de la ley, tal como lo expresa el artículo 6.2 CC: *La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.* De tal suerte que en el Derecho Privado –cuestiones que son objeto de la mediación– el orden público actúa como limitativo de la voluntad de las partes (y por ello tampoco el mediador puede inmiscuirse, es más debe advertir a las partes de su no disponibilidad)”⁴¹⁷.

La Ley, como se ha comentado, incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2008/52/CE, pero además va más allá, toda vez que la Directiva se limitaba a fijar una serie de normas mínimas para fomentar e impulsar la utilización de la mediación en litigios civiles y mercantiles de carácter transfronterizo, y la Ley regula un régimen general aplicable, no sólo a litigios de carácter transfronterizo, sino también a todos aquellos que tengan lugar en territorio nacional y que pretendan tener un régimen jurídico vinculante.

Se incluyen los asuntos civiles y mercantiles, y se excluyen expresamente los asuntos laborales que tienen regulación propia, los temas penales, los de consumo que también tienen su propia regulación al hilo del arbitraje de consumo y la mediación con las Administraciones públicas.

Por lo que respecta a las materias incluidas en su ámbito de aplicación, por primera vez una Ley de carácter nacional regula la mediación y su aplicabilidad a materias distintas del Derecho de familia, aunque éstas también entran dentro de dicho ámbito.

En este sentido, MEJÍAS GÓMEZ señala que “existe el falso paradigma de pensar que la mediación únicamente puede utilizarse en el ámbito familiar, en el seno de los conflictos familiares dentro de los procedimientos de separación y divorcio. Se trata de un error.

Indudablemente en el seno de los conflictos familiares la mediación es un sistema que permite pacificar la situación y una mejor realización de la tutela judicial efectiva. (...)

⁴¹⁷ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *La Ley de Mediación en asuntos...*, op. cit., pág. 67.

Siendo esto así, y defendiendo como defiende la continuación del uso de la mediación para resolver los conflictos familiares, ya sea dentro o fuera del sistema judicial, no es menos cierto que el campo de aplicación de la mediación no se constriñe al ámbito familiar, es mucho más amplio. La mediación puede aplicarse allá donde exista un conflicto, y si bien no todo tipo de conflictos son mediables, también es verdad que ningún campo o sector de la conflictividad puede estar, en principio, vedado al uso de la mediación”⁴¹⁸.

Comparto con el referido autor la anterior aseveración y entiendo que la mediación como método de gestión de conflictos es perfectamente aplicable a otros muchos ámbitos además del de los conflictos familiares, si bien, obviamente, también en éste puede ofrecer resultados más que óptimos, sobre todo cuando hay hijos menores y, precisamente, en atención a la protección de los intereses de los mismos.

3.3 MATERIAS EXCLUIDAS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 5/2012

Tal y como se señala en el art. 2.2 de la Ley 5/2012, “quedan excluidas en todo caso del ámbito de aplicación de esta Ley:

- a) La mediación penal
- b) La mediación con las Administraciones públicas
- c) La mediación laboral
- d) La mediación en materia de consumo”

El hecho de que dichas materias hayan sido excluidas del ámbito de aplicación de la Ley no implica, en cualquier caso, que no se pueda mediar sobre las mismas. Así, se señala en el Preámbulo de la citada Ley que “las exclusiones previstas en la presente norma no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren, sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes”.

Al respecto de dichas materias excluidas, entiendo que salvo los temas penales, que por su especial naturaleza y la de los intereses protegidos requieren de una regulación específica, el resto podrían perfectamente haber sido incluidas.

⁴¹⁸MEJÍAS GOMEZ, J.F., *La mediación como forma de...*, op. cit., pág. 103.

3.3.1 La mediación penal

En el orden penal, actualmente sólo se encuentra regulada legalmente la mediación en el ámbito de los menores infractores, en la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*⁴¹⁹ y en el *Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*⁴²⁰, a pesar de las distintas Recomendaciones europeas y otra normativa comunitaria que instan a su utilización desde hace años⁴²¹,

Está prevista su próxima incorporación en el Derecho penal de adultos en la futura, y esperamos que próxima, Ley de Enjuiciamiento Criminal o Código Procesal Penal que la sustituya⁴²².

⁴¹⁹ BOE núm.11, de 13 de enero de 2000.

⁴²⁰ BOE, núm. 209, de 30 de agosto de 2004.

⁴²¹ Recomendación núm. R (83) 7 de 23 de junio de 1983 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, orientada a potenciar la participación del público en la elaboración y aplicación de políticas criminales que tiendan a prevenir la criminalidad y a facilitar la indemnización y la reparación a la víctima, como una forma de sustitución de la pena privativa de libertad. Recomendación núm. R (85) 11 de 28 de junio de 1985 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del procedimiento penal. Recomendación núm. R (87) 18 de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, concerniente a la simplificación de la Justicia criminal. Recomendación núm. R (87) 21 de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización. Recomendación núm. R (99) 19 de 15 de septiembre de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal. Recomendación núm. R (2006) 8 de 14 de junio de 2006 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la asistencia a las víctimas de las infracciones. Decisión marco (2001/220/JAI) del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal. O la reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/2201/JAI, (DOUE de 14 de noviembre), que se refiere expresamente a la mediación como un instrumento que puede resultar de gran ayuda para las víctimas. Vid. igualmente SOLETO MUÑOZ, H., "La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional", en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. y SOLETO MUÑOZ, H. (Dirs.), *Sobre la mediación penal...*, op. cit., págs. 48-52.

⁴²² De hecho, en el malogrado Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal presentado durante la anterior legislatura ya se contemplaba expresamente la mediación en determinados supuestos. Actualmente, se está trabajando en el nuevo proyecto de Código Procesal Penal, donde igualmente se contempla la utilización de la mediación, si bien la regulación efectuada es bastante deficiente, por lo que es de esperar que sea modificada durante la tramitación del referido texto. A este respecto, señala ROMERA ANTÓN que "tanto desde ámbitos doctrinales como político-criminales, e incluso desde diversos operadores jurídicos implicados y mediadores, estamos asistiendo a un debate crucial respecto a la futura inserción en nuestro sistema jurídico penal de la figura de la mediación como herramienta de Justicia Restaurativa. Este debate, espinoso sin lugar a dudas, se perfila con múltiples aristas, no existiendo aún consenso en las diversas

Aunque, como pone de manifiesto MARTÍN DIZ, su utilización “a día de hoy, con la Constitución española en la mano, con la garantía jurisdiccional del derecho penal que impone el art. 1 LECrim, (principio de legalidad, por cuanto no se puede imponer pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria sino de conformidad con sus disposiciones y en virtud de sentencia dictada por juez competente), con los límites del principio de oportunidad en el proceso penal, la opción se antoja ciertamente complicada”⁴²³.

A pesar de ello, son muchos, y desde hace bastantes años, los programas piloto implementados en diversos órganos judiciales españoles que han venido introduciendo y siguen utilizando la mediación y otros elementos de justicia restaurativa en el ámbito del proceso penal de adultos⁴²⁴.

Y es que, tal y como resalta PERULERO GARCÍA, “lo cierto es que el sistema penal tradicional se ha evidenciado insuficiente para solventar los requerimientos de nuestra sociedad, y el desencanto colectivo –también el de los propios operadores jurídicos– ha dado lugar al impulso de métodos de solución de conflictos alternativos o complementarios a la vía judicial, que pueden posibilitar una solución más adecuada y satisfactoria para todos los implicados”⁴²⁵.

3.3.2 Mediación y conflictos con la Administración

En el ámbito de los conflictos con la Administración, el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 8 de abril de 2011, presentado en la anterior legislatura, preveía, por primera vez en nuestra legislación, la posibilidad de utilizar la mediación en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa y la modificación del art. 77 de la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, estableciendo la necesidad de que el juez o el tribunal sometiesen necesariamente a las partes la posibilidad de un acuerdo

problemáticas que suscita”. ROMERA ANTÓN, C., “Mediación penal: mediando en conflictos violentos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 477.

⁴²³ MARTÍN DIZ, F., *La mediación como sistema complementario...*, op. cit., pág. 90.

⁴²⁴http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados_que_ofrecen_mediacion/Juzgados_que_ofrecen_mediacion_Penal.

⁴²⁵ PERULERO GARCÍA, D., “Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 455.

transaccional cuando el juicio se promoviese sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando versase sobre estimación de cantidad, pudiendo imponer a las mismas el sometimiento a las normas de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, relativas a sus principios, el estatuto del mediador y el procedimiento, para buscar vías más eficaces que permitiesen alcanzar acuerdos en los recursos contencioso-administrativos. Para ello los representantes de las Administraciones públicas demandadas habrían de contar con la autorización oportuna para poder llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de éstas. El intento de mediación implicaba la suspensión del procedimiento, habiendo las partes de dar cuenta al tribunal del resultado para la continuación o no de las actuaciones judiciales. La modificación alcanzaba también al art. 106 para incorporar esta forma de terminación del proceso contencioso-administrativo a las reglas de pago de cantidad líquida a que pudiese ser condenada la Administración.

Sin embargo, la Ley 5/2012, finalmente aprobada, excluye expresamente de su ámbito de aplicación la mediación con las Administraciones públicas, en línea con la previsión efectuada en la Directiva 2008/52/CE que en su art. 3 dispone que no será de aplicación a “los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana”.

Destaca MEJÍAS GÓMEZ, que “resulta sorprendente, desde nuestra perspectiva, que los conflictos que los ciudadanos tienen con la Administración puedan terminar resolviéndose por mediación. Aquí nos parece impensable, pero hay lugares en donde ocurre. En Alemania, concretamente en los tribunales de lo contencioso de Múnich, el 90% de los asuntos contenciosos referidos a cuestiones tributarias y urbanísticas se resuelven por mediación, es decir, que una vez iniciado el proceso, la Administración y el ciudadano o persona jurídica en conflicto, alcanzan un acuerdo que pone fin al conflicto⁴²⁶”.

De hecho, en España, tal y como apunta el citado autor, la *Ley de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, 30/1992, de 26

⁴²⁶ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de...*, op. cit., pág. 104.

de noviembre, en su artículo 88, introdujo la posibilidad de la terminación convencional de los procedimientos⁴²⁷.

Además, en el artículo 107.2 del mismo texto legal se prevé la posibilidad de sustituir el recurso ordinario por procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje⁴²⁸.

Por su parte, la *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 29/1998, de 13 de julio*, en su artículo 77.1 ya preveía que el Juez pudiera someter a la consideración de las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo que pusiese fin a las controversias cuando el juicio versase sobre materias susceptibles de compromiso o transacción y en particular cuando lo hiciese sobre estimación de cantidad⁴²⁹.

De hecho, y pese a que en la actualidad aún no se encuentra regulada expresamente la mediación en este ámbito, desde el propio Consejo General del Poder Judicial y con base precisamente en el citado art. 77 se apuesta por implementar programas piloto y abordar la posibilidad de ensayar experiencias y fórmulas de mediación en algunos procesos de la jurisdicción contencioso-administrativa⁴³⁰.

⁴²⁷ Art. 88: "Terminación convencional. 1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin..."

⁴²⁸ Art 107.2: "Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo".

⁴²⁹ Art. 77.1: "En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efectos la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos".

⁴³⁰ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion>.

3.3.3 La mediación laboral

Los temas laborales tienen su propia regulación específica⁴³¹, lo cual no significa que la misma sea la adecuada y que se esté desarrollando adecuadamente en la práctica, más bien al contrario, considero que hay bastantes aspectos mejorables en la conciliación y en la mediación que se viene realizando en el ámbito laboral y en las instituciones encargadas de prestar la misma.

Tal y como ponen de manifiesto SOLETO MUÑOZ y AVILÉS NAVARRO, “la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, introduce una auténtica novedad al establecer, como norma general y conforme a lo dispuesto en el artículo 63, que toda demanda debe ir acompañada del certificado que acredite el intento de conciliación o mediación previa ante el servicio administrativo correspondiente, el SMAC o ante órganos que asuman estas funciones en virtud de convenio colectivo. La extinta Ley de Procedimiento Laboral sólo contenía referencia a la conciliación que no a la mediación”⁴³².

Sin embargo, pese a venir contemplada expresamente en la legislación laboral, la mediación en la práctica no viene siendo utilizada⁴³³, excepción hecha del SIMA, Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, que sólo en el primer semestre de 2013 tramitó 322 procedimientos de mediación, frente a sólo 2 de arbitraje⁴³⁴.

Los llamados comúnmente, en la mayoría de las Comunidades Autónomas, SMAC (Servicios de Mediación, Arbitraje y Conciliación), son los organismos encargados de realizar las funciones que su propia denominación establece y que por ley le

⁴³¹ Vid. arts. 63 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral relativos a la conciliación previa y el art. 84 relativo a la conciliación realizada antes de la celebración de juicio. Véase igualmente, LÓPEZ JIMÉNEZ, R., “La conciliación laboral tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., págs. 615 y ss.

⁴³² SOLETO MUÑOZ, H. y AVILÉS NAVARRO, M., “La conciliación de los secretarios judiciales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 476.

⁴³³ De hecho, no consta ningún Juzgado en la actualidad que ofrezca servicios de mediación en el ámbito laboral. Vid.: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados_que_ofrecen_mediacion/Juzgados_que_ofrecen_mediacion_Social (consulta efectuada el 20 de diciembre de 2013).

⁴³⁴ “El Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA) es una fundación paritaria constituida por las Organizaciones Sindicales y Empresariales más representativas del ámbito estatal. La Fundación SIMA tiene como finalidad primordial la solución extrajudicial de los conflictos colectivos laborales surgidos entre empresarios y trabajadores o sus respectivas organizaciones representativas”. Vid. datos en <http://fsima.es>.

vienen atribuidas, sin embargo en la práctica su labor se reduce básicamente a la conciliación laboral obligatoria y previa a la vía jurisdiccional social, significando además que de “conciliación”, propiamente dicha, lo único que tiene es el nombre, toda vez que no es mucha la labor conciliadora o mediadora que se realiza en orden a intentar avenir posturas contradictorias, habiendo quedado configurada en realidad como un mero trámite o carga pre-procesal para las partes⁴³⁵.

Los conciliadores y mediadores que trabajan en dichos organismos no están específicamente formados para llevar a cabo su labor profesionalmente. Tal y como pone de manifiesto GIL DE ALBURQUERQUE, “el mediador perderá el respeto de las partes si con sus manifestaciones demuestra desconocer las complejas circunstancias, siempre cambiantes, que condicionan el conflicto laboral”⁴³⁶.

Vista la ineficacia de estos organismos, el art. 66 de la nueva Ley de Procedimiento Laboral viene a establecer por primera vez no sólo la obligatoriedad de acudir al acto de conciliación previo ante el SMAC, sino que además se estipula la imposición de las costas –con un límite de 600 euros– al demandado que habiendo sido debidamente citado no compareciese, si en el posterior juicio la sentencia coincide básicamente con lo pretendido en la papeleta de conciliación, todo ello con el fin de intentar evitar la saturación actual de los Juzgados de lo Social, fruto principalmente de la crisis, y de modificar la práctica habitual de los demandados, consistente en no acudir nunca a las conciliaciones señaladas ante dichos órganos⁴³⁷.

⁴³⁵ Véase en este sentido, SOLETO MUÑOZ, H., Mediación laboral. Mediación comunitaria, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.) *Mediación y solución...*, op. cit., págs. 335-337.

⁴³⁶ GIL DE ALBURQUERQUE, R., “Concepto y técnica de la mediación en el conflicto laboral”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 600.

⁴³⁷ Artículo 66 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: “Consecuencias de la no asistencia al acto de conciliación o de mediación. 1. La asistencia al acto de conciliación o de mediación es obligatoria para los litigantes. 2. Cuando estando debidamente citadas las partes para el acto de conciliación o de mediación no compareciese el solicitante ni alegase justa causa, se tendrá por no presentada la papeleta de conciliación o la solicitud de mediación, archivándose todo lo actuado. 3. Si no compareciera la otra parte, debidamente citada, se hará constar expresamente en la certificación del acta de conciliación o de mediación y se tendrá la conciliación o la mediación por intentada sin efecto, y el juez o tribunal impondrán las costas del proceso a la parte que no hubiere comparecido sin causa justificada, incluidos honorarios, hasta el límite de seiscientos euros, del letrado o graduado social colegiado de la parte contraria que hubieren intervenido, si la

Por lo que se refiere a la conciliación intraprocesal atribuida a los Secretarios Judiciales, entiendo que la misma tampoco se realiza adecuadamente, existiendo varios motivos que inciden en el incorrecto desarrollo de ésta, como pueden ser el escaso margen de tiempo del que disponen los citados funcionarios a fin de desarrollar debidamente el acto de conciliación o la falta de herramientas y de formación para llevarla a cabo con mínimas garantías de éxito, lo cual en ningún caso es una crítica hacia la labor de los Secretarios Judiciales, sino hacia el sistema en sí que les ha atribuido dichas funciones conciliatorias sin dotarles de la formación necesaria⁴³⁸.

Parece, en cualquier caso, que existe una tendencia en la actualidad a ampliar el ámbito de la mediación laboral, tanto desde el Consejo General del Poder Judicial como desde distintos servicios de mediación, arbitraje y conciliación de varias Comunidades Autónomas.

3.3.4 Mediación en el ámbito del consumo

También se ha excluido del ámbito de aplicación de la Ley los conflictos relativos al ámbito del consumo, cuestión bastante discutible toda vez que la mediación se presenta como un procedimiento que puede ofrecer una respuesta mucho más adecuada que los procedimientos tradicionales utilizados hasta la fecha para la resolución de este tipo de conflictos, que han sido el procedimiento judicial y el arbitraje⁴³⁹.

En este sentido, destaca GONZÁLEZ PILLADO que “ya desde hace algunos años se viene constatando que el proceso civil no se muestra como el instrumento más adecuado para resolver los problemas surgidos en determinados ámbitos del

sentencia que en su día dicte coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación”.

⁴³⁸ Vid. SOLETO MUÑOZ, H. y AVILÉS NAVARRO, M., “La conciliación de los secretarios judiciales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 473.

⁴³⁹ Tal y como destaca GRANDE SEARA, “el fundamento para la introducción de la mediación en el ámbito del consumo lo encontramos en el artículo 51 CE que establece la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces. Por tanto, es esta exigencia constitucional la que justifica la necesidad de la mediación”. GRANDE SEARA, P., “El procedimiento de mediación en materia de consumo”, en GONZÁLEZ PILLADO, E. (Dir.), *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 215.

derecho. Si pensamos en los conflictos surgidos de las relaciones entre los adquirentes de productos o los usuarios de los servicios y sus suministradores, es fácil comprender que la vía jurisdiccional no va a resultar, en la gran mayoría de los supuestos, adecuada para dar una respuesta satisfactoria al consumidor; los inconvenientes derivan en parte de la gran desproporción que suele existir entre el valor económico de la reclamación y el elevado coste del proceso. A esto se añade, además, la excesiva duración de la tramitación judicial, así como su complejidad técnica. A este respecto, se destaca en la *Comunicación de la Comisión sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo* que existen barreras de carácter psicológico, debidas a la complejidad y al formalismo que acompaña a los procedimientos judiciales, de tal forma que el consumidor experimenta a menudo cierta vacilación frente a los tribunales a causa del lenguaje jurídico y de los rituales herméticos del procedimiento.

Elemento esencial también en este tipo de conflictos es la desigualdad real existente entre las partes del mismo, en cuanto el empresario representa el poder económico y con él la fortaleza jurídica, mientras que el consumidor aparece como la parte más débil de la relación jurídica. Finalmente, no podemos olvidar que en nuestra sociedad globalizada cada vez son más habituales los conflictos transfronterizos, en cuanto el consumidor adquiere el producto o contrata el servicio utilizando medios técnicos (internet) o bien lo hace directamente en otro país que visita por motivos profesionales o personales. El elemento extranjero hace que las dificultades para acudir al proceso sean mayores (idioma, desconocimiento de los trámites procesales...) y el coste más elevado (contratación de abogado del foro, traducciones, desplazamientos...). Todas estas circunstancias motivarán que, en muchas ocasiones, el consumidor desista de su reclamación, lo que pone de manifiesto una importante quiebra de su protección social"⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ GONZÁLEZ PILLADO, E., "La mediación en materia de consumo", en GONZÁLEZ PILLADO, E. (Dir.), *Arbitraje y mediación en materia...*, op. cit., págs. 159-161. Destaca también la citada autora que "si acudimos a los datos que nos facilita el Instituto Nacional de Consumo, observamos como en este ámbito, el recurso al arbitraje y a la mediación integrada en su procedimiento ha ido aumentando en los últimos de forma muy evidente; en efecto, el número de solicitudes de arbitraje recibidas en todas las Juntas Arbitrales integradas en el Sistema Arbitral de Consumo en el año 2010 fue de 92.355, mientras que cinco años atrás, en 2005, fue de 52.333". *Ibíd.*, pág. 185.

Esta situación ha llevado en los últimos años a la búsqueda de vías alternativas a la judicial para, en la medida de lo posible, dar soluciones más adecuadas y que ofrezcan una mayor protección fundamentalmente a la parte más desprotegida, es decir a los consumidores.

La mediación en el ámbito de los conflictos de consumo en nuestro ordenamiento no se desarrolla de manera autónoma, sino que se encuentra integrada en otro mecanismo de solución de conflictos que es el arbitraje, de forma que aparece como una actuación propia de los órganos arbitrales y dentro del sistema arbitral⁴⁴¹.

El sistema de arbitraje de consumo viene regulado en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero –que deroga el régimen legal anterior establecido por el RD 636/1993, de 3 de mayo–, cumpliendo así el Gobierno, tal y como reseña OUBIÑA BARBOLLA, “con la obligación que se había (auto) impuesto casi un año y medio antes en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios”⁴⁴².

Dicho sistema se estructura a través de las Juntas Arbitrales de Consumo que tienen carácter permanente y los órganos arbitrales que se constituyen para resolver la cuestión litigiosa concreta que se les someta.

En el Real Decreto se habla de la mediación, pero es considerada como un paso previo al arbitraje, pudiendo solicitarse antes de la remisión al sistema arbitral, mediante la presentación de una reclamación o queja ante las Asociaciones de Consumidores u organismos de consumo como las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC), o bien una vez remitida la reclamación al sistema arbitral, pero antes de conocerse el conflicto por el órgano arbitral⁴⁴³.

⁴⁴¹ Vid. BLANCO CARRASCO, M., “La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLII, 2009, págs. 129-130. Véase igualmente, MORENO CORDERO, G., “La Directiva Comunitaria 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (especial referencia a la mediación de consumo en el ordenamiento español)”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XXIV, 2009, págs. 87-117.

⁴⁴² OUBIÑA BARBOLLA, S., “Los arbitrajes de consumo especiales: colectivo y electrónico”, en GONZÁLEZ PILLADO, E. (Dir.), *Arbitraje y mediación en materia...*, op. cit., pág. 125.

⁴⁴³ El art. 37.3 RD 231/2008 establece que “En el supuesto de no apreciar la existencia de causas de inadmisión de la solicitud: a) En la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral

El art. 38 del citado Real Decreto habla expresamente de la mediación en el procedimiento arbitral y establece “1. Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje, se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto. 2. La mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de ésta. 3. En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros”.

Nada se dice ni en éste ni en ningún otro precepto de la citada norma, a qué tipo de mediación se refiere, qué ha de entenderse por mediación, quién o quiénes habrán de ser los mediadores, como serán designados y cuáles serán sus funciones, cómo se desarrollará el proceso de mediación, en qué plazo habrá de llevarse a cabo, etc., sólo se determina el momento en el que ha de desarrollarse la mediación, que ha de ser una vez admitida la solicitud de arbitraje, la necesidad de dejar constancia fehaciente de la misma en el procedimiento arbitral y los principios mínimos que han de regir la actuación del mediador que, por otra parte, coinciden con los establecidos en la Ley de Mediación y en el resto de leyes autonómicas que regulan dicha materia⁴⁴⁴.

constará expresamente la admisión de la solicitud de arbitraje, la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa en los supuestos en que proceda y...”.

⁴⁴⁴ Señala GONZÁLEZ PILLADO, que “precisamente, uno de los motivos de la escasa regulación que de la mediación se contiene en el Real Decreto 231/2008 es que nos encontramos ante una materia que es competencia de las Comunidades Autónomas, como reconoce expresamente su Exposición de Motivos; en coherencia con ello, el art. 38.2 del Real Decreto 231/2008 señala que *la mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación*. Por ese motivo, en el ámbito autonómico, son muchas las Comunidades Autónomas que hacen referencia a la mediación de forma expresa o a sistemas alternativos de resolución de conflictos en los propios Estatutos de Autonomía; en cambio, otras contienen esas menciones en los Estatutos del consumidor o leyes de protección de los consumidores y usuarios”. GONZÁLEZ PILLADO, E., “La mediación en materia de consumo”, en GONZÁLEZ PILLADO, E. (Dir.), *Arbitraje y mediación en materia...*, op. cit., págs. 164-165. Aclara en este sentido GRANDE SEARA que “las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía y en sus leyes de protección de consumidores recogen múltiples referencias a la mediación de consumo, si bien, casi siempre genéricas y con remisiones a una ulterior regulación reglamentaria, disponen que las administraciones autonómicas deben potenciar y promover la mediación junto con el arbitraje. A su vez, en algunas de estas normas también se atribuyen expresamente competencias mediadoras a organismos como las OMIC o a

Por tanto, considero que, dada la insuficiencia con la que se encuentra regulada la mediación en el ámbito de los conflictos de consumo y su escasa utilización en la práctica, habría sido conveniente incluir los mismos dentro del ámbito de aplicación de la Ley a fin de darles la cobertura legal adecuada e impulsar la efectiva implementación de la mediación como sistema más adecuado.

Es de esperar que cuando se incorpore a nuestro ordenamiento la *Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*⁴⁴⁵, se desarrolle una normativa específica sobre la materia que efectivamente impulse la utilización en este ámbito.

3.4 ÁMBITOS ADECUADOS PARA LA MEDIACIÓN

Considero que se puede mediar en todos los ámbitos, si bien todos los conflictos no son mediables, por lo que habrá que determinar asunto por asunto dónde es conveniente optar por la mediación y dónde no.

A ese respecto, apuntan FAJARDO MARTOS y SANZ PARRILLA que “el tipo de conflictos en los que los MASC pueden ser más eficaces son aquéllos que incorporan:

- Relaciones comerciales continuas
- Incertidumbres jurídicas notorias
- Disensiones fácticas
- Intereses
- Penalización

Por el contrario, no se deben utilizar los MASC en los supuestos de:

- Fraudes o estafas

las Asociaciones de Consumidores y Usuarios. En cambio, a nivel estatal, las referencias normativas a la mediación de consumo se han omitido en las leyes de protección de los consumidores, tanto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, como en el vigente Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”. GRANDE SEARA, P., “El procedimiento de mediación en materia de consumo”, en GONZÁLEZ PILLADO, E. (Dir.), *Arbitraje y mediación en materia...*, op. cit., pág. 216.

⁴⁴⁵ DOUE de 18 de junio de 2013.

- Dolo civil o mala fe
- Medidas cautelares
- Cuando exista un riesgo de quiebra de la confidencialidad o cuando se considere importante dar publicidad al conflicto
- Cuando es necesario contribuir a la creación de líneas jurisprudenciales”⁴⁴⁶.

En sentido similar, SALVADOR CORDECH y otros, refiriéndose a la mediación empresarial, señalan que la misma “permite gestionar prácticamente toda clase de conflictos, sobre todo cuando las partes tienen interés en continuar sus relaciones (por ejemplo, socios de una empresa familiar) o quieren conservar el control sobre la resolución final de la controversia, en lugar de dejar tal decisión en manos de un tercero juez o árbitro; no hay una gran disparidad de poder entre ellas; se debaten cuestiones técnicas muy complejas; es importante mantener la confidencialidad; la causa del conflicto es la mala comunicación; se precisa una solución rápida; se prioriza la eficiencia económica y se pretende evitar o reducir la duración del procedimiento judicial o arbitral”⁴⁴⁷.

Bien, entiendo que estos criterios pueden ayudar orientativamente a hacer una primera selección, pero considero que, en cualquier caso, es necesario analizar asunto por asunto, por lo que no todos los conflictos donde por ejemplo existan incertidumbres jurídicas notorias serán susceptibles de ser mediados, ni hay por qué excluir a priori asuntos donde haya sido existido un fraude o una estafa; son circunstancias que habrá que tener en cuenta, pero que no condicionan la aptitud o idoneidad de la mediación.

3.4.1 Mediación familiar

Nada se señala específicamente en la Ley 5/2012 de los asuntos relativos al Derecho de familia. En principio, sólo quedarían excluidas de su ámbito de aplicación aquellas cuestiones o materias que no tengan carácter dispositivo para

⁴⁴⁶ FAJARDO MARTOS, P. y SANZ PARRILLA, M., “La Mediación como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos en Derecho de Seguros y Reaseguros”, en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*, Huygens Editorial, Barcelona, 2009, pág. 48.

⁴⁴⁷ SALVADOR CORDECH, P., TARRAZÓN RODÓN, M.M., RUIZ GARCÍA, J.A. y GILI SALDAÑA, M.F., “Mediación empresarial”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco...*, op. cit., págs. 50-51.

las partes (estado civil, capacidad, etc.), pero nada obsta para que pueda ser aplicado al resto de cuestiones que sí entran en el ámbito privado o disponible.

Como se comentó anteriormente, en la *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, se anunciaba en la Disposición Final Tercera una futura Ley de mediación, y se disponía la obligación del Gobierno de remitir a las Cortes un Proyecto de Ley sobre mediación que habría de reconocer el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.

A pesar de dicha previsión, esta Ley específica no llegó a crearse, por lo que todos estos temas quedan bajo el ámbito de aplicación de la Ley 5/2012 al ser materia civil, pero no se subraya especialidad alguna respecto de los mismos, cuando entiendo que por la especial naturaleza de los mismos así debería haber sido.

La *Ley 5/2012*, siguiendo el tenor y la finalidad de la Directiva 52/2008, está concebida fundamentalmente para ser de aplicación a temas de carácter comercial y mercantil, regulándose de hecho un procedimiento de mediación y una actividad u orientación del mediador de un perfil posiblemente distinto a los que se vienen desarrollando en la práctica en el ámbito familiar.

El verdadero espíritu de la Directiva 2008/52/CE era el de regular los conflictos en el ámbito civil y mercantil, es decir relaciones de carácter meramente privado, con la exclusión expresa que hacía en el art. 1 respecto de los asuntos fiscales, aduaneros, administrativos y sobre responsabilidad del Estado: “La presente Directiva se aplicará, en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*).”

En el Considerando 10 de la Directiva se señalaba igualmente que “no debe aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable pertinente. Estos derechos y obligaciones son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y

del Derecho laboral”, por lo que parecía dar a entender que las materias correspondientes al Derecho de familia habían de quedar fuera de su ámbito de aplicación, al no tener muchas de ellas carácter dispositivo para las partes.

Según se establecía también en la propia Directiva, se permitirá, sin embargo, que cada Estado establezca su aplicabilidad, es decir, que la misma no está enfocada, en principio, a la mediación en materias que no son de libre disposición de las partes, si bien ello no impide que los Estados adopten al trasponer ésta a su ordenamiento interno, la misma normativa para asuntos civiles, para temas de familia o conflictos laborales⁴⁴⁸.

Finalmente, la opción del legislador español ha sido la de incluir, con carácter general, como susceptibles de mediación, todas las materias relativas al ámbito del Derecho de familia, salvo, obviamente, aquellas que no tengan carácter disponible para las propias partes.

Dentro del ámbito de las relaciones familiares que pueden ser susceptibles de mediación podemos encontrar cuestiones relativas a separación y divorcio, ruptura de parejas de hecho, relaciones paterno filiales, derecho de régimen de visitas para abuelos y otros familiares distintos a los progenitores, tutela o curatela, adopción nacional e internacional, violencia doméstica –no de género, que como ya se comentó está expresamente prohibida en el art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género– dentro de la cual estarían los supuestos cada vez más frecuentes de violencia ascendente –es decir, la cometida por los hijos contra los padres–, cuestiones sucesorias o hereditarias, etc.⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ Véase, SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación vinculada a los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 318.

⁴⁴⁹ Para VALL RIUS y otros, la tipología de conflictos que pueden gestionarse desde la mediación familiar es múltiple y muy variada. “Los más habituales y conocidos son los tipos de conflictos relacionados con las decisiones a pactar a partir de la finalización de la convivencia de personas unidas o no en matrimonio y con hijos en común. Los aspectos que forman parte del convenio regulador de separación, divorcio o de guarda, custodia y alimentos pueden ser objeto de mediación antes, durante o después de un procedimiento contencioso de familia, incluidos los aspectos económicos y patrimoniales que a veces se tienden a obviar como objeto de la mediación familiar. Los hijos crecen, las necesidades cambian y la situación de las personas puede sufrir modificaciones. Todo ello da lugar a controversias en el ejercicio de la patria potestad y/o en la necesidad de abordar modificaciones de medidas con las que las partes no están de acuerdo. Éstos son conflictos abordados en mediación con mayor frecuencia. Cuando no hay presencia de

Tal y como pone de manifiesto MARTÍN DIZ, “las materias excluidas de la mediación familiar, para tener una referencia clara, serían las que aparecen contempladas en el Libro IV (De los procesos especiales), y en su Título I, de la LEC, y sobre las cuales rige procesalmente la indisponibilidad del objeto del proceso tal y como preceptúa el art. 751 LEC. Parece claro, por tanto, que la mediación, en el ámbito del Derecho privado, estaría vedada en materia de capacidad de las personas y reconocimiento o impugnación de la mediación. No sería así, puesto que hay disposición legal expresa para los supuestos de conflictos en materia matrimonial por cuanto el art. 770.7 LEC habilita la opción de la mediación intrajudicial”⁴⁵⁰.

En el Informe al anterior Anteproyecto, presentado por el Consejo General del Poder Judicial, se señalaba que “sería deseable que el Anteproyecto aclarase explícitamente si la mediación en asuntos de familia cae dentro o fuera de su ámbito de aplicación, aunque a falta de exclusión explícita habrá que concluir lo primero, dado que de asuntos civiles hablamos, y siempre que se trate naturalmente de materias disponibles. La aclaración se hace tanto más necesaria si se piensa en la existencia de las ya mencionadas leyes autonómicas sobre mediación familiar, las cuales disciplinan, cada una dentro de su ámbito territorial de aplicación, la posibilidad de alcanzar acuerdos de mediación en una serie de materias pertenecientes a la órbita de las relaciones familiares. Ello no significa que el Estado deba renunciar a disciplinar legalmente esa clase de mediación, pero sí sería adecuado que, en trance de hacerlo, la ley estatal emplease mecanismos explícitos de definición de su ámbito de aplicación e incluso se refiriese

hijos en común o éstos ya son independientes, la mediación deviene igualmente de utilidad. Por un lado, para pactar especialmente los aspectos económicos y patrimoniales, y, por otro, los aspectos relacionales entre abuelos, nietos y otros familiares, sea por consanguinidad, por afinidad o producto de familias reconstituidas. Otras tipologías de conflictos, en las que la mediación todavía debe hacer su camino, pero contemplados en las últimas leyes autonómicas, son los conflictos surgidos en las adopciones y acogimientos, en la tutela y la incapacitación de menores o de personas mayores, por herencias o liquidación de bienes en comunidad y en el seno de la empresa familiar”. VALL RIUS, A., FERNÁNDEZ, J., FITÉ, J., GUILLAMAT, A. et al., “La mediación en el ámbito familiar”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco de la Mediación...*, op. cit., págs. 82-83.

⁴⁵⁰ MARTÍN DIZ, F., *La mediación como sistema complementario...*, op. cit., pág. 89.

expresamente a la posibilidad o no de su cohabitación con todas esas leyes autonómicas preexistentes”⁴⁵¹.

En el mismo sentido, GARCÍA PRESAS apunta que “es evidente que, llegados al grado de desarrollo que la mediación familiar tiene en lo legislativo a nivel autonómico, la posición que se requiere tomar a nivel estatal no puede dejar de contemplar la existencia de la experiencia acumulada y, al tiempo, debe buscar fórmulas de homologación –por ejemplo, en la formación y reconocimiento de los mediadores–, sin que ello suponga omitir el respeto a la posible diversidad que el mapa autonómico pueda asumir”⁴⁵².

Bien, obviamente nada de esto se ha producido, ni se han contemplado las posibles diversidades de las distintas legislaciones autonómicas, ni se han buscado fórmulas de homologación ni tan siquiera se ha consultado a las Comunidades Autónomas en sentido alguno. Se ha acabado aprobando una ley estatal de mediación que en muchas de sus disposiciones choca frontalmente con lo dispuesto en distintas normativas autonómicas que la precedían.

Especialmente significativas son las diferencias relativas a la formación exigida al mediador, no sólo entre muchas de las legislaciones autonómicas entre sí, sino también respecto de la regulación estatal finalmente establecida que, en principio, prima sobre dichas legislaciones autonómicas lo que va a generar no pocos problemas en la práctica. La cuestión de la formación exigida al mediador será abordada con mayor detenimiento más adelante.

Surge, pues, el problema añadido de que la actual Ley de Mediación es una ley estatal con eficacia en todo el territorio nacional, por lo que, en principio, prima sobre la legislación autonómica en las materias reguladas en la misma.

El hecho de que una determinada materia esté regulada en una ley estatal o autonómica dependerá de quién tenga atribuida la competencia para ello. Las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias estatutarias atribuidas constitucionalmente, han legislado sobre mediación familiar y lo han

⁴⁵¹ Vid. *Informe al Anteproyecto de Ley de mediación...*, op. cit., pág. 28.

⁴⁵² GARCÍA PRESAS, I., *La mediación familiar. Una alternativa...*, op. cit., pág. 51.

hecho ante la inexistencia de un marco común de referencia, lo que ha dado lugar a evidentes diferencias entre unas y otras⁴⁵³.

Según se establece en el art. 149.1 CE: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias.

1. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. (...)
6. Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. (...)
8. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial. (...)

⁴⁵³ A este respecto, señala GRANDE SEARA que “en la regulación que hacen del ámbito objetivo de la mediación familiar las distintas leyes autonómicas se aprecian importantes diferencias, tanto en la forma de delimitarlo como en el fondo, es decir, en cuanto a los conflictos o materias a los que se puede extender la mediación. En lo que se refiere a la forma de definir el ámbito de la mediación, algunas leyes optan por utilizar fórmulas con las que de un modo más o menos genérico tratan de precisar las materias sobre las que puede versar y los sujetos entre los que se puede plantear un conflicto susceptible de someterse a mediación familiar; mientras que otras se decantan por establecer una relación más o menos detallada y exhaustiva de materias o conflictos sobre las que cabe mediación y de sujetos que pueden acogerse a la misma. (...). En cualquier caso, al margen de las cuestiones formales apuntadas, lo más importante es precisar las materias y conflictos que pueden ser objeto de mediación familiar (y, por ende, los sujetos que pueden ser parte en la misma). En este sentido, lo primero que se puede observar es que la inexistencia en España de una cultura de la mediación y de una normativa marco de alcance estatal sobre la misma determinó que las primeras leyes autonómicas aprobadas fuesen prudentes, estableciendo ámbitos materiales restringidos en los que la mediación familiar puede operar, y a medida que se fueron aprobando nuevas leyes en otras comunidades autónomas o reformándose algunas dictadas anteriormente, se fue produciendo un fenómeno expansivo de su objeto”. GRANDE SEARA, P., “Ámbitos objetivo y subjetivo de la mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., págs. 372-374.

30. Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia. (...).

Y, en el art. 149.3: “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas”.

Varias de las materias señaladas en el art. 149.1 CE, competencia exclusiva del Estado, han sido abordadas por las legislaciones autonómicas de mediación familiar ante la inexistencia de una norma estatal que abordase la cuestión.

Así, las Comunidades Autónomas amparándose en el ejercicio de sus respectivas competencias estatutarias, –básicamente en las competencias exclusivas que tienen atribuidas en materia de asistencia y bienestar social–, han regulado cuestiones de indudable incidencia procesal, como por ejemplo la relativa a la confidencialidad de las informaciones vertidas durante el proceso de mediación que no podrán ser utilizadas en un ulterior proceso judicial ni el mediador ser llamado como testigo o perito a fin de dar testimonio sobre dichas informaciones.

También se ha legislado sobre cuestiones de carácter civil atinentes al Derecho de familia que regulan y todas ellas han regulado igualmente las condiciones de titulación, formación y experiencia exigibles a las personas que van a desarrollar profesionalmente la labor de mediador.

En definitiva, las legislaciones autonómicas se han excedido en el ejercicio de sus competencias estatutarias y han regulado ciertas cuestiones que no les están atribuidas, pese a que intenten justificarlo⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ Por ejemplo, en el Expositivo II del Preámbulo de la *Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar* se establece que “El fundamento de la competencia del

Las Comunidades Autónomas no pueden legislar en contra de la regulación estatal que se impone en todo el territorio para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos, cualquiera que sea su lugar de residencia, y sucede que ahora la legislación estatal en materia de mediación familiar es la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, cuyas disposiciones en algún caso son totalmente distintas a las establecidas en las normativas autonómicas, por lo que cabría entender que éstas últimas carecen de efecto una vez ha entrado en vigor la norma estatal.

Entiendo que quizá hubiese sido más conveniente incluir alguna norma específica sobre mediación familiar que armonizase, en la medida de lo posible, las distintas normas comunitarias y que además recogiese las especialidades que tiene la mediación familiar.

3.4.2 Mediación en ámbitos específicos

Como se señalaba anteriormente, la mediación es posible en prácticamente cualquier ámbito, si bien hay algunos de ellos donde puede resultar especialmente adecuada y, sin embargo, se encuentra claramente infrautilizada.

Entre estas materias dentro del ámbito civil donde la mediación aún resulta desconocida, pero puede ser aplicada en virtud de la legislación vigente, destacan FAJARDO MARTOS y SANZ PARRILLA su adecuación al ámbito de los conflictos de seguros.

Así, señalan los citados autores que “la mediación es un sistema especialmente indicado para todos aquellos conflictos, dentro del seguro, que no tienen un claro componente jurídico –p.e. la valoración de los daños y la cuantía de la indemnización– y en los que existe una relación precedente entre las partes y la conveniencia de continuarla del mejor modo posible. Y aunque en el sistema

Principado de Asturias para la aprobación de la presente Ley se encuentra en el art. 10.1.24 del Estatuto de Autonomía, que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las materias de asistencia y bienestar social. (...). Ahora bien, la presente Ley no incluye ninguna disposición de carácter civil o procesal, materias sobre las que el Principado de Asturias carece de competencias. En este sentido, la oportuna derivación por parte de jueces y magistrados, o las consecuencias que sobre el proceso judicial tenga el inicio de un procedimiento de mediación familiar, seguirán lo establecido por la normativa estatal”.

español nos puede parecer bastante lejano, la mediación se nos presenta también como un sistema adecuado, por su flexibilidad y rapidez, para llegar a acuerdos en materia de valoración de daños personales.

Por otro lado, la mediación es un sistema compatible con la normativa específica aseguradora y de consumo, ya que se trata de un sistema voluntario en el que las partes se ponen de acuerdo para acudir a un tercero, que no dirime la cuestión litigiosa, sino que se limita a poner los medios para que las partes puedan llegar por sí mismas a un acuerdo.

Y por su propia naturaleza voluntaria y flexible, se acomoda a cualquiera de las relaciones que surgen entre las personas implicadas en el contrato de seguro (asegurador, mediador, tercero perjudicado, asegurado, beneficiario) sin estar sujeto a la existencia de ningún tipo de convenio, lo que permite su utilización para la resolución de cualquier conflicto, incluso el planteamiento de un sistema de mediación en plazos muy cortos para los conflictos de los contratos con asegurados-consumidores o de pequeñas cuantías⁴⁵⁵.

La mediación es también perfectamente aplicable a todos los conflictos de carácter empresarial. En este sentido SALVADOR CORDECH y otros, señalan que “entre los conflictos que pueden ser objeto de mediación empresarial se pueden citar los conflictos entre la empresa y sus clientes, proveedores, suministradores, etc.; entre empresas con intereses y fines comunes; entre los trabajadores de la misma empresa, entre empresas que pertenecen a un mismo grupo; por daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual, extracontractual o medioambiental; o sobre la titularidad de los bienes de la empresa”⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ FAJARDO MARTOS, P. y SANZ PARRILLA, M., “La Mediación como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos en Derecho de Seguros y Reaseguros”, en *Simposio sobre Tribunales y Mediación...*, op. cit. pág. 53.

⁴⁵⁶ SALVADOR CORDECH, P., TARRAZÓN RODÓN, M.M., RUIZ GARCÍA, J.A. y GILI SALDAÑA, M.F., “Mediación empresarial”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco...*, op. cit., pág. 51. Véase igualmente, ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “La mediación en las relaciones empresariales: el equilibrio de las partes en conflicto”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., págs. 404- 405, y BARONA VILAR, S., “Solución extrajurisdiccional de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de...*, op. cit., págs. 74-75.

Apunta también respecto de la mediación empresarial, ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS que “la mediación, no sólo debe entenderse como método de solución de conflictos, sino que también es interesante prestar atención a las mediaciones de carácter informal que se realizan dentro de las propias organizaciones como herramienta de carácter preventivo”⁴⁵⁷.

Dentro de la mediación empresarial, la mediación se muestra especialmente indicada, por sus especiales connotaciones, para la gestión de conflictos surgidos en el seno de empresas familiares. Señala VIOLA DEMESTRE, que “la mediación es un instrumento idóneo para gestionar los intereses divergentes entre los diferentes miembros de la familia y, en consecuencia, alcanzar los acuerdos satisfactorios que se recogerán en los instrumentos legales correspondientes. Su idoneidad radica en que la mediación está orientada a conseguir pactos sobre el conflicto y, al mismo tiempo, a mantener la relación entre las partes en disputa. A través de este procedimiento, los familiares pueden comunicarse entre sí, manifestando sus expectativas y necesidades, acompañados de un tercero, el mediador, que facilita el diálogo entre ellos, creando un espacio en el cual expresarse con igualdad y equidad comunicativa. A través de la mediación, las partes, conjuntamente y con la asistencia de una tercera o terceras personas imparciales, plantean, voluntariamente, las situaciones que quieren resolver, desarrollan opciones con esta finalidad, toman en consideración las alternativas y alcanzan un acuerdo consensuado que tendrá en cuenta los intereses y necesidades de todas las personas implicadas. Es un procedimiento que enfatiza la responsabilidad de los miembros de la familia empresarial al tomar decisiones que afectan a sus vidas y que ofrece la oportunidad de gestionar una controversia confidencialmente, imparcialmente, de forma cooperativa y basándose en la libre voluntad de las partes”⁴⁵⁸.

El ámbito de aplicación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles es muy amplio, lo que no quiere decir que sea apta para todo y que vaya a funcionar en

⁴⁵⁷ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “La mediación en las relaciones empresariales: el equilibrio de las partes en conflicto”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 408.

⁴⁵⁸ VIOLA DEMESTRE, I., “La mediación en la empresa familiar”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 425.

cualquier conflicto. Se trata simplemente de contemplarla como un recurso más, como otra vía que, dándose las condiciones necesarias, puede resultar más adecuada que otras para la resolución de determinados conflictos.

CAPÍTULO IV

ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL SISTEMA DE MEDIACIÓN

1.- PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN

Tal y como señala ORTIZ PRADILLO, “los principios rectores de una determinada figura jurídica constituyen las notas características que lo diferencian del resto de figuras e instituciones de nuestro ordenamiento jurídico. Representan el armazón sobre el cual se irán asentando las distintas disposiciones jurídicas definitivas de esa figura, y de las cuales se derivarán, en su caso, trascendentales garantías, derechos y obligaciones para quienes se valgan de ella”⁴⁵⁹.

Desde sus orígenes, la mediación ha sido identificada a partir de una serie de principios o características que le han dado forma. Estos principios o criterios, universalmente difundidos, son normalmente reflejados en la propia regulación legal de los Estados que contemplan la mediación. En otras ocasiones los mismos configuran la base de los códigos voluntarios de conducta de los mediadores y, por último, también aparecen reflejados en la práctica real como características propias de todo proceso de mediación⁴⁶⁰.

Apunta MARTÍ BALDELLOU que “el proceso de mediación, como metodología, aún nueva, para tratar los conflictos entre las personas, se ha dotado de unos principios específicos de actuación, con una especial atención a los principios deontológicos,

⁴⁵⁹ ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estudio doctrinal. Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Núm. 2135, Año LXV, octubre de 2011, pág. 8.

⁴⁶⁰ A este respecto, señalan GARCÍA VILLALUENGA y BOLAÑOS CARTUJO que “el eje y la esencia de la mediación lo constituyen los principios que se mantienen como estructura inalterable sobre la que construir proceso y acuerdos. Existe un amplio consenso tanto en los instrumentos internacionales (Recomendación (98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, Código de Conducta Europeo para los Mediadores, propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales...), como en la doctrina, refrendado en la práctica de asociaciones y en los códigos deontológicos, en torno a cuáles han de ser los puntos cardinales de la mediación familiar”. Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L. y BOLAÑOS CARTUJO, I., *La mediación familiar: una aproximación interdisciplinar*, op.cit., pág. 44.

ya que la eficacia de la mediación descansa en puntos como la confianza entre las personas, la honestidad y el compromiso personal de cumplir lo que se acuerde, que están en la base de un comportamiento humano ético. (...)

Este interés por regular el proceso y las normas deontológicas se evidenció desde un principio, si bien puede entrar en contradicción con uno de los valores genuinos y reconocidos de la mediación: el ser un proceso informal y flexible, basado en la creatividad”⁴⁶¹.

La flexibilidad de la mediación es precisamente uno de los principios fundamentales que informan la mediación, pero existen otros comúnmente aceptados por todos los Estados y que han sido recogidos por nuestro legislador en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como por la totalidad de legislaciones autonómicas previas sobre mediación familiar.

Entre dichos principios rectores se podría destacar el de voluntariedad, el de igualdad de las partes en el proceso de mediación, el de imparcialidad y neutralidad del mediador, el de confidencialidad, el de flexibilidad, el carácter personalísimo, la buena fe y la profesionalidad.

1.1 VOLUNTARIEDAD

La voluntariedad se configura como punto de partida y principio esencial de la mediación, ya que sienta las bases de la autodeterminación que es el elemento clave para que las personas sean capaces de gestionar sus propios conflictos, responsabilizándose de sus acciones y de las consecuencias de éstas⁴⁶².

⁴⁶¹ MARTÍ BALDELLOU, C., “En torno a los nuevos principios de la mediación”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.), *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit., pág. 153.

⁴⁶² Tal y como apunta OTERO PARGA, “1) La mediación potencia una mayor capacidad de las partes para intentar la solución de sus conflictos sin que tenga que intervenir necesariamente el Estado; 2) La mediación eleva la creatividad de las partes en la búsqueda de la mejor solución de todas las posibles; 3) La mediación produce una mayor libertad de los individuos puesto que éstos no están sujetos a ningún tipo de atadura, haciendo y deshaciendo siempre en virtud de sus intereses, y teniendo únicamente como freno las disposiciones legales. Además, 4) la mediación permite la renuncia al proceso en cualquier momento teniendo en cuenta únicamente la voluntad de quienes están incurso en el mismo; y 5) la mediación fomenta la responsabilidad de las partes, porque hace que éstas sean conscientes de que los acuerdos a los que lleguen se han adoptado en libertad y deben ser mantenidos”. OTERO PARGA, M., “Ventajas e inconvenientes de

Tal y como señala VILALTA NICUESA, es posible identificar, en la normativa internacional y de los Estados que han regulado el fenómeno de la mediación, cómo el principio de libertad o autonomía de la libertad se configura como un eje fundamental de la misma. “La voluntad de las partes en el proceso es un principio cardinal de la mediación, como institución consensual que es. En este sentido, el proceso y los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes”⁴⁶³.

En el Considerando (13) de la Directiva 2008/52/CE, se resalta que la mediación “debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento”.

Nuestro legislador, como no podía ser de otra forma, ha recogido dicho principio fundamental en el art. 6 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que establece:

“Voluntariedad y libre disposición.

1. La mediación es voluntaria.
2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.
3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.”

Por su parte, tal y como pone de manifiesto GONZÁLEZ PILLADO, “la totalidad de las leyes autonómicas optan por un modelo de mediación *basada en la autonomía de la voluntad* de las partes (art. 7.1 Ley gallega) en la medida en que *son libres de*

la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág. 147.

⁴⁶³ VILALTA NICUESA, A. E., “Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco...*, op. cit., pág. 42.

*acogerse a la misma o no, así como de desistir en cualquier momento (Ley catalana)”*⁴⁶⁴.

En el mismo sentido, apunta CASTILLEJO MANZANARES que “desde luego, nada parece más alejado de la finalidad propia de todo procedimiento de mediación, que no es otro que alcanzar un acuerdo de modo voluntario y autónomo, que imponer a las partes que se sometan a un procedimiento de esas características, y así se entiende en todas las leyes de las Comunidades Autónomas”⁴⁶⁵.

La mediación ha de ser voluntaria desde su inicio, no se puede ni se debe forzar a las partes a acudir a mediación si éstas no quieren hacerlo por el motivo que sea.

Precisamente una de las razones que puede animar a los ciudadanos a optar por la mediación es la libertad que tienen tanto para acudir a la misma a fin de intentar solucionar sus conflictos, como para abandonarla si entienden que no les ofrece o les va ofrecer los resultados esperados.

Tal y como apunta BARONA VILAR, “en general, la apuesta de las ADR exige que quienes acuden a ellas hayan asumido esta opción desde el ejercicio de la libertad o desde la autonomía de la voluntad. Implica, en consecuencia, una decisión en libertad”⁴⁶⁶.

Dicha voluntariedad, por tanto, ha de abarcar necesariamente la decisión de iniciar el proceso de mediación, de continuar en el mismo durante el tiempo que las propias partes entiendan conveniente y, por supuesto, de concluir o no acuerdo alguno, no pudiendo las partes ser presionadas o forzadas en ningún caso en tal sentido.

No tiene razón de ser alguna obligar a las partes contra su voluntad a iniciar un proceso de mediación u obligarlas a permanecer en el mismo si éstas prefieren que su controversia o disputa sea dirimida de forma diferente o si entienden que no

⁴⁶⁴ GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 359.

⁴⁶⁵ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación en el ámbito familiar: marco normativo”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág. 278.

⁴⁶⁶ BARONA VILAR, S., “Solución extrajudicial de conflictos *con ojos de mujer*: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, en ETXEBARRÍA ESTANKONA, K. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.), *La resolución alternativa de...*, op. cit., pág. 42.

hay posibilidad de alcanzar ningún tipo de acuerdo, se estaría vulnerando la propia esencia de la mediación como método autocompositivo de solución de conflictos.

La referencia que se hace en el referido artículo 6 de la Ley 5/2012, relativa a la existencia de pactos entre las partes o cláusulas de sumisión expresa a mediación parece ir en cierta medida contra esta voluntariedad que se está predicando.

En este sentido, sostiene MARTÍN DIZ que “la mediación no puede ser impuesta nunca, ni mediante una cláusula contractual, ni mediante un contrato expresamente realizado al efecto, ni por remisión de oficio del juez u otras autoridades con competencias en materia de Justicia. El acceso a la mediación ha de ser facultativo y consensual. Este tipo de cláusulas (o de disposiciones legales en su caso) sólo podrá generar una obligación de medios y no de resultado con respecto a la resolución final del cualquier conflicto resultante del contrato en el cual se encuentren integradas”⁴⁶⁷.

Parece ciertamente un contrasentido introducir cláusulas de sumisión expresa a mediación, toda vez que, aunque la cláusula de mediación haya sido introducida previa, voluntaria y conscientemente por las partes, si llegado el momento de afrontar la disputa, la relación entre las mismas no es la más idónea o simplemente no existe en alguna de ellas voluntad de alcanzar acuerdo alguno, prefiriendo dirimir el asunto ante los tribunales o mediante otra vía, dichas cláusulas simplemente serían inútiles, consiguiendo el único efecto de dilatar en el tiempo el inicio del procedimiento judicial u otro de carácter adversarial⁴⁶⁸.

Respecto de los efectos de la no comparecencia de una de las partes incumpliendo lo acordado en la cláusula de sumisión, se establece en el art. 10.2 de la Ley 5/2012 que “(...) El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese

⁴⁶⁷ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., pág. 72.

⁴⁶⁸ En este sentido, ya en el Libro Verde se ponía de manifiesto si “cabe entonces preguntarse si presenta algún interés conferir carácter vinculante a estas cláusulas, ya que pudiera ser inútil obligar a alguien a participar en una modalidad alternativa de resolución de litigios contra su voluntad en la medida en que el éxito del procedimiento depende, precisamente, de su voluntad”. Vid. Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de la Comisión de las Comunidades Europeas, pág. 28. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0196es01.pdf

lo invoque mediante declinatoria”. Es decir, se regula la posibilidad del demandado en un proceso judicial de paralizar la continuación del mismo, mediante la interposición de declinatoria por existir una cláusula previa de sumisión expresa a mediación que ha sido incumplida por el demandante al interponer la acción judicial sin intentar la mediación pactada.

La Ley ha atribuido a este pacto de sometimiento a mediación la misma eficacia que las referidas al sometimiento a arbitraje y, obviamente, ambos mecanismos poco tienen que ver⁴⁶⁹. La cláusula de sometimiento a arbitraje implica renuncia expresa al ejercicio de la jurisdicción y el árbitro, al igual que el juez, va a resolver obligatoria y definitivamente la cuestión que las partes han sometido a su conocimiento, teniendo su decisión la misma eficacia que una sentencia judicial. El convenio arbitral vincula a ambas partes y les impide someter a los tribunales de justicia los asuntos incluidos en el compromiso arbitral, salvo que se produzca la renuncia conjunta de ambas partes al arbitraje derivada de la no interposición de declinatoria por parte del demandado (art. 11 LA). Sin embargo, en la mediación no necesariamente las partes van a ver resuelto su litigio, por lo que la eficacia de las cláusulas de sumisión en ambas instituciones, arbitraje y mediación, es totalmente distinta.

Tal y como destacan CORDÓN MORENO y SÁNCHEZ POS, “la eficacia de la cláusula de sumisión a mediación es, en todo caso, relativa. Ciertamente, estimada la declinatoria por falta de jurisdicción al verificarse la existencia de este pacto, el tribunal dictará auto absteniéndose de conocer del asunto y sobreseyendo el proceso judicial. Ello, sin embargo, no implica necesariamente que vaya a tramitarse el proceso de mediación pactado para decidir el conflicto, pues nada obsta a la parte que planteó la demanda ante los tribunales ordinarios a abandonar el proceso de mediación y plantear una nueva demanda ante la jurisdicción ordinaria. A tal fin, basta con que la parte no asista a la sesión informativa para entenderse que desiste de la mediación (artículo 17.1 de la LM), con que no firme el acta constitutiva para el comienzo del proceso, en cuyo caso el mediador firmará

⁴⁶⁹ El art. 11 de la Ley de Arbitraje regula la denominada eficacia positiva y negativa del convenio arbitral y establece: “El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”.

el acta declarando que la mediación se ha intentado sin efecto (artículo 19.2 de la LM), o con que, en cualquier momento de la tramitación del procedimiento la parte desista del mismo o interponga acción judicial o extrajudicial (artículos 6.2 y 10.2 de la LM). Con esta regulación, vuelve a ponerse de manifiesto la especial naturaleza de la mediación basada esencialmente en la voluntad de las partes, quienes, de la misma manera que libremente acuerdan someterse a mediación, pueden, con posterioridad, incluso unilateralmente, abandonarla en cualquier momento de su tramitación”⁴⁷⁰.

Entiendo que, con esta medida, es intención del legislador dotar de eficacia a dichas cláusulas de sumisión, pero no me parece buena idea la posibilidad de plantear la declinatoria como vía para “forzar” a la parte que no acudió a la mediación a intentar la misma, toda vez que si ya ha interpuesto la demanda ante el órgano jurisdiccional es claro y manifiesto que no existe voluntad alguna en dicha parte de buscar el consenso y de optar por la mediación como vía para resolver el litigio, lo que, por otra parte, es perfectamente legítimo. El efecto que se va a conseguir con dicha medida es retrasar la tramitación del procedimiento judicial, toda vez que lo normal es que el “obligado” a acudir a la mediación, en la misma sesión informativa muestre su negativa a iniciar el procedimiento, ya que ha definido claramente su voluntad de resolver el litigio a través de la vía judicial. Aunque, también es cierto que la nueva y comentada Ley de Tasas Judiciales puede contribuir a que las partes que hayan introducido dichas cláusulas de sumisión a mediación al menos acudan a la primera sesión informativa o intenten efectivamente la mediación, ante el riesgo de ver archivado su procedimiento judicial con las gravosas consecuencias económicas que supondría la interposición de una nueva demanda.

Por tanto, la decisión de ir a mediación ha de estar fundada, en todo caso, en la actitud que muestren las partes, por lo que se antoja como muy importante el conocimiento que tengan de ella a fin de que puedan hacerse una debida composición de lo que la misma implica y significa. Cuanto mayor y mejor sea la información de que dispongan las partes, más se incrementarán las posibilidades

⁴⁷⁰ CORDÓN MORENO, F. y SÁNCHEZ POS, M.V., *La Ley de Medidas de Agilización Procesal y la Ley de Mediación: Exposición de las reformas recientes de la Justicia Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 111.

de que las mismas decidan acudir a mediación.

No hay que confundir la obligación que existe en algunas legislaciones de acudir a una sesión informativa donde se explica a las partes las posibilidades y ventajas que podrían obtener de gestionar su conflicto a través de la mediación, con la obligación de someterse necesariamente a la misma⁴⁷¹.

De hecho, la propia Directiva 2008/52/CE, en su art. 5.2 permite que la legislación nacional de los distintos Estados miembros estipule la obligatoriedad de la mediación o la someta a incentivos y sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que ello no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial.

En este sentido, como apunta BUTTS GRIGGS “por voluntariedad no debemos confundir que la mediación nunca se plantee como obligatoria. Una cosa es obligar a las partes a intentar un proceso y otra obligarlas a que se queden en el mismo o se pongan de acuerdo. Existen muchos ejemplos de mediación obligatoria donde un estatuto o una norma de un juzgado requieren que las partes comparezcan e intenten mediar su disputa. Estos casos se dan especialmente cuando hay hijos en un divorcio y cuando los casos son del tipo que el propio Juzgado o el Estado determina que estarían mejor fuera del tribunal. Estos pueden incluir disputas de familia, vecinales, pequeñas reclamaciones y casos complejos que podrían estar perdidos en los tribunales durante años. Programas que promueven el uso de la mediación obligatoria se alientan de los estudios que enseñan que no hay diferencia, entre mediación obligatoria y mediación a la que las partes han llegado por su propia voluntad, en cuanto a satisfacción con el proceso, en cuanto a si llegaron o no a un acuerdo y en cuanto a si se cumple o no el acuerdo. Pensando en

⁴⁷¹ Tal y como apuntan GARCÍA VILLALUENGA y BOLAÑOS CARTUJO, “las sesiones previas informativas pueden ser obligatorias o no; por ejemplo, en Inglaterra es imprescindible para tramitar el divorcio presentar la declaración de ruptura del matrimonio y, antes de ello, acreditar que se ha asistido a la sesión informativa de mediación, tras ella las partes serán libres de optar o no por la mediación, pudiendo los tribunales sentenciar a las partes a pagar multas en efectivo como sanción por negarse a aceptar la mediación; en Noruega, la Ley de Matrimonio de 1993 impone a los cónyuges con hijos menores de dieciséis años acudir a la mediación familiar antes de iniciar el proceso de separación o divorcio. Por tanto, para admitir a trámite la demanda se requiere la presentación de un certificado emitido por el mediador familiar, que lo dictará aunque alguna de las partes se niegue a seguir en el procedimiento; en el mismo sentido, la ley austríaca de mediación familiar de 2003”. GARCÍA VILLALUENGA, L. y BOLAÑOS CARTUJO, I., *La mediación familiar...*, op. cit., pág. 37.

que muchos usuarios no conocen la mediación y convencidos del gran beneficio de las alternativas sobre el proceso, más jurisdicciones cada día eligen obligar a las partes a intentar mediar sus disputas. El concepto de libertad en cuanto al proceso de mediación consiste en que la parte nunca se debe sentir obligada a estar presente, responder, ceder, divulgar información o, de otra manera, participar si no quiere hacerlo. Aún cuando la mediación es obligatoria, el mediar no lo es, sólo el intentarlo”⁴⁷².

Tal y como ponen de manifiesto BARRAL y otros, “la mediación sólo puede concebirse si las partes son libres de acogerse al procedimiento, y abandonarlo o desistir en todo momento. Ello no se contradice con la posibilidad de obligar a las partes a acudir a una sesión informativa, o a regular determinadas medidas que induzcan a demandar la mediación, siempre que no impidan el acceso a la tutela judicial”⁴⁷³.

A este respecto, señala MEJÍAS GÓMEZ que “la mediación es un sistema voluntario de resolución y gestión de los conflictos, en ningún caso puede obligarse a nadie a llegar a un acuerdo con otra persona, no tendría ningún sentido, puesto que la esencia de la mediación es el cumplimiento voluntario de aquello que se acuerda también voluntariamente (...). No obstante, en determinadas ocasiones, especialmente cuando hay otros intereses en juego (por ejemplo el interés superior de los menores), puede el juez derivar a las partes a la mediación, bien persuadiéndolas para que acudan de forma voluntaria, bien obligándolas a acudir a la sesión informativa. Puede pensarse que esto es contrario al principio de voluntariedad, pero no es cierto. No puede decidirse sobre lo que no se conoce, o dicho de otra forma, no puede decidirse sobre lo que se ignora. Por eso, especialmente cuando hay intereses en juego que merecen una protección especial, por ejemplo los intereses de los menores, está completamente justificado que el juez pueda obligar a las partes a ir a la sesión informativa, es decir, a conocer en profundidad en qué consiste la mediación. Después las partes decidirán libremente, sin que puedan ser obligados a continuar, si siguen o no en la

⁴⁷² BUTTS GRIGGS, T., “La mediación en los Estados Unidos...”, op. cit., pág. 190.

⁴⁷³ BARRAL, I., LAUROBA, E., MARTÍN, A. et al., “El concepto jurídico de la mediación”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco...*, op. cit., pág. 186.

mediación”⁴⁷⁴.

En el mismo sentido, LUQUÍN BERGARECHE apunta que “podría considerarse por Ley la posibilidad de que, en los casos en que estuviera pendiente un proceso y la autoridad judicial considerara positivo y factible intentar una solución negociada, fuera obligatorio derivar a las partes a una sesión previa de carácter informativo acerca de la finalidad de la mediación, su objeto y la metodología específica, tras lo cual éstas decidieran libremente”⁴⁷⁵.

Por su parte, para FERNÁNDEZ-BALLESTEROS GONZÁLEZ “la voluntariedad se refiere al hecho de que las partes son las llamadas exclusivamente a decidir si se someten o no al procedimiento y, por tanto, no debe ser impuesto por terceras personas. En este sentido, existen determinados profesionales que defienden la mediación como un proceso válido pero que en ocasiones, y en determinados casos, tienden a imponer, sin que las partes en conflicto puedan tener la oportunidad de negarse al mismo al ser algo que se indica desde la instancia judicial. La decisión de acudir a este proceso es única y exclusivamente de las partes en conflicto, pudiendo dejar de usarlo cuando estimaran oportuno. Este principio marca el inicio de una cultura de comunicación basada no en la coacción, sino en el convencimiento social de la utilidad de este procedimiento”⁴⁷⁶.

Entiendo que no se vulnera ni el derecho a la tutela judicial efectiva, ni ningún otro de las partes, por obligar a las mismas a acudir simplemente a una sesión informativa de mediación, teniendo en cuenta que hoy por hoy la gran mayoría de los ciudadanos desconoce dicho método y, por ende, sus posibles beneficios. Lo que en ningún caso tiene sentido es obligar siquiera a las partes a iniciar, como tal, un proceso de mediación contra su voluntad, va contra la propia esencia de la mediación⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de...*, op. cit., págs. 35-36.

⁴⁷⁵ LUQUÍN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson, Civitas, Pamplona, 2007, págs. 100-101.

⁴⁷⁶ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS GONZÁLEZ, E.C., “Principios de la mediación: rol y técnicas de comunicación”, en SORIA, M.A., VILLAGRASA, C. y ARMADANS, I., *Mediación familiar*, op. cit., pág. 198.

⁴⁷⁷ En el mismo sentido, señalan CORDÓN MORENO y SÁNCHEZ POS que “ciertamente, no puede entenderse que la imposición de una mediación previa a un proceso judicial vulnere el derecho a

De hecho, como ya comenté anteriormente, el legislador español previó en un primer momento que determinados asuntos o materias no tuviesen un carácter totalmente “voluntario” y establecía la obligación para las partes de intentar la mediación con carácter previo a la interposición de demanda judicial, otorgando además a dicho intento la condición de requisito de procedibilidad o de admisibilidad de la demanda⁴⁷⁸.

Para que se tuviese por intentada la mediación, no obstante, bastaba con la asistencia de las partes a una primera sesión informativa; si en dicha sesión las partes ponían de manifiesto su decisión de no iniciar el proceso de mediación, se tenía por cumplido el trámite. Sobre este particular, el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se mostraba contrario a la obligatoriedad de la mediación y argumentaba que ya el propio legislador parecía ser consciente de que sería un trámite ineficaz al prever en el art. 19.1 del Anteproyecto que *“en los supuestos de mediación obligatoria las sesiones informativas serán gratuitas. En tal caso, se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia”* y en el artículo 24 que *“La mediación exigida por ley se tendrá por intentada mediante la aportación del acta en que conste la inasistencia de*

la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE cuando las partes pueden, en cualquier momento del proceso, desistir ya acudir a la vía judicial; pero no obstante, radicando el éxito de toda mediación en la disposición e interés de las partes en llegar a un acuerdo que ponga fin a su conflicto, no parece conveniente obligarles a acudir a un proceso seguramente condenado al fracaso por desinterés de las partes, pues ello podría dilatar la interposición de la acción judicial”. CORDÓN MORENO, F. y SÁNCHEZ POS, M.V., *La Ley de Medidas de Agilización...*, op. cit., pág. 113.

⁴⁷⁸ Tanto en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 19 de febrero de 2010, como en el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 8 de abril de 2011, se establecía, en sus respectivas Exposiciones de Motivos, la obligatoriedad del intento de mediación en determinados supuestos: “Para impulsar la utilización de este instituto, la ley exige acudir a la mediación en determinados casos como requisito necesario y previo al proceso o a otro procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos. En particular, así se hace en el ámbito de las reclamaciones de cantidad”. Y así se refrendaba posteriormente en el articulado de ambos textos, previéndose además la modificación del art. 437 LEC (“En los juicios verbales a los que alude el apartado 2 del artículo 250 que consistan en una reclamación de cantidad, no se refieran a alguna de las materias previstas en el apartado 1 del mismo artículo y no se trate de una materia de consumo, será obligatorio el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda”), y del art. 439 LEC (“En los casos del apartado 2 del artículo 250, no se admitirán las demandas en que se reclame una cantidad si no se acompaña acta u otro documento acreditativo del intento de mediación en los seis meses anteriores a su interposición”).

*cualquiera de las partes*⁴⁷⁹.

En sentido contrario, y refiriéndose a la viabilidad y utilidad del intento preceptivo de mediación, señalaba COLMENERO GUERRA que, “sobre todo para aquellos que entienden que dicho trámite puede entorpecer una pronta solución jurisdiccional del asunto, conviene llamar la atención sobre los datos que en el ámbito civil registran las estadísticas del CGPJ; así en el año 2008 los Juzgados de Primera Instancia resolvieron 680.171 asuntos, pero sólo 146.442 de ellos lo fueron por sentencia, lo que quiere decir que el resto, algo más de 500.000 asuntos, lo fueron mediante formas anormales de terminación, la mayoría de las cuales suelen enmascarar algún tipo de transacción o negociación entre las partes, y si ello es así, establecer mecanismos al inicio del proceso que permitan cribar asuntos, sin más compromiso que asistir a la primera sesión informativa, no parece una idea descabellada, máxime cuando te aseguras la interrupción o suspensión de la prescripción o caducidad”⁴⁸⁰.

La mediación con efectos jurídicos sólo puede versar sobre derechos que tengan carácter dispositivo para las partes, por lo cual éstas podrán disponer en todo momento del fin de dichos derechos y de la forma en que desean gestionarlos.

Por tanto, la voluntariedad lleva aparejada en todo momento el protagonismo de las partes en orden a cómo quieren resolver su problema y defender sus derechos e intereses, siendo las mismas quienes han de decidir cuándo comenzar el proceso de mediación, cuánto tiempo permanecerán en el mismo y cómo finalizarlo.

La mediación puede ser solicitada por una sola de las partes en conflicto, también por una sola de ellas en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre ellas, o bien por ambas de común acuerdo, o bien puede ser sugerida por el juez en el marco de un procedimiento judicial abierto, también

⁴⁷⁹ Véase en este sentido el Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, redactado por el Consejo General del Poder Judicial, págs. 96-97. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es>.

⁴⁸⁰ COLMENERO GUERRA, J.A., “Consideraciones sobre los anteproyectos de Ley de Mediación y de Reforma de la Ley de Arbitraje”, disponible en <http://www.codigosdeconducta.com>.

puede ser solicitada por los abogados o los representantes de las partes⁴⁸¹.

En cualquier caso, la voluntariedad ha de manifestarse claramente. En el caso del solicitante individual dicha voluntariedad resulta innegable, toda vez que ha optado por elegir el proceso de mediación, nadie le ha forzado a hacer esta elección, pero si el requerido para iniciar el proceso acepta es porque entiende que también es una buena opción para él, no existe en este caso ninguna intimación ni requerimiento unido a ningún plazo procesal, ni tampoco consecuencia negativa alguna para el mismo si decide no aceptar el ofrecimiento⁴⁸².

En el supuesto de que la mediación sea sugerida por el juez que esté conociendo del procedimiento contencioso entre las partes, en principio la no aceptación de la mediación no tiene por qué tener consecuencia negativa alguna para las partes, y digo en principio porque ahora, a tenor de lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 5/2012, la información de qué parte o partes no asistieron a la sesión informativa de mediación no tendrá carácter confidencial y, por tanto, podrá ser tenida en cuenta por el juez a efectos de ulterior condena en costas por mala fe procesal a la parte que no acudió a la citada sesión.

Señala ÁLVAREZ SACRISTÁN, que “hemos de preguntarnos qué consecuencias tiene para la parte que desiste si iniciada una mediación, por las causas que sean, se desiste de ella. Es evidente que si se transgreden los principios de la buena fe o si hay motivo de intuir un fraude preprocesal, podría instarse una responsabilidad por daños y perjuicios”⁴⁸³.

Tal afirmación parece que viene a contradecir en cierta manera la propia voluntariedad de la mediación, ya que, como se ha venido comentando, la parte es libre, en cualquier momento y sea por el motivo que sea, de abandonar la mediación, a pesar de que, tal y como se dispone en el art. 6 de la Ley 5/2012, si

⁴⁸¹ En el caso de que sea el propio juez el que sugiere la mediación a las partes, señala BOLAÑOS CARTUJO que dada la instancia de la que parte la sugerencia, resulta un tanto dificultoso alejarse de la idea de una cierta obligatoriedad en la misma. BOLAÑOS CARTUJO, I., “Mediación familiar en contextos judiciales”, en POYATOS GARCÍA, A. (Coord.), *Mediación familiar y social en diferentes conceptos*, Nau Llibres, Valencia, 2003, pág. 180.

⁴⁸² Vid. en este sentido, GUILLERMO PORTELA, J., “Características de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág. 215.

⁴⁸³ ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *La Ley de Mediación en...*, op. cit., pág. 70.

existe “un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial”. La transgresión de dicha “buena fe”, entiendo, sólo podría dar lugar a su consideración a efectos de una eventual condena en costas en el procedimiento judicial ulterior, pero no a una reclamación por daños y perjuicios.

La voluntariedad de la mediación se enlaza claramente, además, con la flexibilidad de su proceso, toda vez que las son las propias partes las que van a pactar con el mediador la forma en que desean que el mismo se lleve a cabo, pudiendo determinar de antemano con dicho mediador el número de sesiones, la duración de las mismas o aspectos tan sensibles como la confidencialidad de las informaciones y declaraciones que se hagan durante éstas.

La voluntariedad alcanza su máxima expresión en la facultad que tienen las partes de concluir el proceso con acuerdo, si así lo consideran oportuno. Ahora bien, en ningún caso las partes podrán hacer uso de dicha voluntariedad para alcanzar acuerdos que sean contrarios a Derecho o que intenten evitar la aplicación de alguna norma de carácter imperativo, no puede utilizarse la mediación fraudulentamente para contravenir o evitar la aplicación del ordenamiento jurídico⁴⁸⁴.

La voluntariedad, como pone de manifiesto GONZÁLEZ PILLADO, “también alcanza, en algunos aspectos, a la persona mediadora, en cuanto podrá, de un lado, declinar su designación como mediador en el conflicto de que se trate; y de otro, suspenderlo o darlo por finalizado una vez iniciado en el caso de que concurran las circunstancias previstas en la ley”⁴⁸⁵.

Efectivamente, el mediador tiene la posibilidad en todo momento de decidir no iniciar el proceso de mediación si entiende que el conflicto no es mediable o que no

⁴⁸⁴ En este sentido, por ejemplo, es ilustrativa la Ley 1/2008 de mediación familiar del País Vasco que establece en su art. 8 d) que “Las partes deberán alcanzar las soluciones que estimen oportunas para resolver su conflicto siempre conforme a Derecho. La mediación no puede ser utilizada para contravenir la legislación o evitar fraudulentamente su aplicación. En ningún caso puede limitarse el acceso a la Justicia cuando así se desee por alguna o todas las partes”.

⁴⁸⁵ GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de...*, op. cit., pág. 360.

se dan las condiciones oportunas para que el mismo pueda desarrollarse correctamente, por ejemplo porque aprecie una situación de desigualdad entre las partes o entienda que alguna de ellas no se encuentra en las circunstancias adecuadas para afrontar dicho proceso.

Igualmente, si una vez iniciado el proceso de mediación, el mediador detecta alguna circunstancia que entienda pueda perjudicar a alguna de las partes o al propio proceso, puede en cualquier momento poner fin al mismo, por ejemplo cuando aprecie que alguna de las partes no tiene voluntad alguna de alcanzar ningún tipo de acuerdo, que simplemente están utilizando el proceso de mediación para conseguir información de la otra parte a fin de hacerla valer en un ulterior proceso judicial, o que una de ellas está coaccionando o presionando a la otra parte para que acceda a sus pretensiones poniendo en peligro la libre voluntad de dicha parte.

1.2 IGUALDAD DE LAS PARTES

Otro de los principios rectores de la mediación es el de la igualdad entre las partes durante el procedimiento y así ha sido reconocido tanto por nuestro legislador, como por el resto de normativa internacional sobre mediación⁴⁸⁶.

En ocasiones se hace expresamente, identificando dicho principio como uno de los principios rectores de la mediación, y, en otras ocasiones, se reconoce también implícitamente a través de la imposición de ciertos deberes al mediador, como la obligación que le compete de adoptar las medidas que sean necesarias para salvaguardar la igualdad de las partes y de tener en cuenta las posibles diferencias

⁴⁸⁶ Por ejemplo, la Resolución 2002/12, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal, subraya la necesidad de tener en cuenta la posible desigualdad de posiciones, las diferencias culturales entre las partes y el mandato de que en los programas de justicia reparadora y procesos reparadores se apliquen salvaguardas básicas en materia de procedimiento que garanticen la equidad. Texto disponible en http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_1080_1.pdf. Señala ÁLVAREZ SACRISTÁN que “nuestra Constitución obliga a que en toda actuación social y judicial se produzca la igualdad de las partes, tal como reza el artículo 14 CE: *Los españoles son iguales ante la ley*. Por tanto, no puede prevalecer, ni en el procedimiento ni en las actuaciones anteriores o posteriores, discriminación alguna derivada de la edad, el sexo, la opinión, la condición económica, etc. La ley ordena que en la mediación las partes participen con *plena igualdad de oportunidades*. Esto es, que se faciliten las mismas armas de prueba, los mismos conocimientos del proceso, que exista igualdad en el asesoramiento, la misma posibilidad de manifestarse, etc.”. ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *La Ley de Mediación en...*, op. cit., pág. 70.

culturales, de edad, o cualesquiera otras que pudieran incidir en una posible situación de desequilibrio entre las mismas durante el proceso de mediación.

En el artículo 7 de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, se entronca dicho principio con el de imparcialidad del mediador y establece que “en el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas”.

Tal y como pone de manifiesto VILALTA NICUESA, el principio de equidad del procedimiento o igualdad de armas es “el principio por el cual deben otorgarse a cada una de las partes las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos, así como asegurar que ambas partes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. En consecuencia, a lo largo del proceso de mediación deberían ponerse los medios necesarios para obtener y mantener este equilibrio”⁴⁸⁷.

Para MARTÍN DIZ, dicho principio es el fundamental. Sostiene el citado autor que “el acceso a la mediación ha de producirse cuando los contendientes se hallan en un plano de paridad, no hay predominio o superioridad de una parte sobre la otra. De existir una posición de superioridad de una parte sobre la otra casi con total seguridad la solución del conflicto no va a pasar por una solución autocompositiva como es la mediación. Bien la solución vendrá determinada por el ejercicio abusivo de la autodefensa, imponiendo la solución a la *parte débil*, o bien habrá que servirse de una solución heterocompositiva (fundamentalmente la jurisdicción pero sin excluir de partida el arbitraje cuando éste sea posible) que reduzca la desproporción inicial entre partes”⁴⁸⁸.

Efectivamente, la mediación ha de partir de la igualdad entre las partes, pero considero que ésta no ha de ser una premisa que permita iniciar o no la mediación. Precisamente, una de las tareas fundamentales del mediador ha de ser la de equilibrar la posición de las partes durante el proceso a fin de evitar cualquier

⁴⁸⁷ VILALTA NICUESA, A. E., “Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco...*, op. cit., págs. 43-44.

⁴⁸⁸ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., págs. 79-80.

posible abuso o desigualdad, pero el que las partes lleguen en una situación desigual al comienzo de la mediación entiendo que no ha de resultar óbice alguno para el desarrollo de la misma y habrá de ser el propio mediador el que valore si es conveniente o no el inicio del proceso, atendiendo, como no podría ser de otra forma, a la voluntad de las partes.

Lo normal en un conflicto es que las partes no tengan de inicio una posición de igualdad. Es muy posible que alguna de las partes tenga más opciones que la otra de conseguir un mayor beneficio del acuerdo resultado de la mediación, y ello puede ser debido a múltiples circunstancias. La mediación no persigue que las partes consigan un acuerdo totalmente equitativo donde ambas salgan ganadoras al cincuenta por ciento, simplemente se pretende que las partes consigan un acuerdo que resulte beneficioso para ambas en la medida de sus respectivos intereses y expectativas, y ello, obviamente, ofrece múltiples variantes.

La igualdad de las partes, por tanto, se configura como fundamental en cuanto al desarrollo del procedimiento de mediación, pero no en cuanto al resultado de la misma.

En este sentido, FAJARDO MARTOS, señala que “el principio fundamental es claramente el de igualdad. En concreto, la igualdad de armas en el desarrollo del mecanismo, entendida como igualdad de oportunidades de alegación y de prueba”⁴⁸⁹.

En consecuencia, el mediador habrá de velar porque las partes dispongan en todo momento de igualdad de oportunidades para expresarse y hacer valer sus opiniones, sin que pueda producirse ningún tipo de coacción, amenaza o intimidación por parte de alguna de ellas hacia la otra.

Tal y como señala GONZÁLEZ PILLADO, “no podemos olvidar que, para que la mediación pueda cumplir sus objetivos esenciales, es necesario que el mediador cree un espacio de confianza en el que las partes, de forma libre y equilibrada, puedan exponer sus posiciones a efectos de alcanzar un acuerdo que satisfaga a ambas. En este contexto, se exige al mediador que, de un lado, esté muy atento a la

⁴⁸⁹ FAJARDO MARTOS, P., “Estrategia y Mediación”, en *Simposio sobre Tribunales y Mediación...*, op. cit. pág. 60.

existencia de situaciones que puedan dificultar o imposibilitar la igualdad de las partes, de tal forma que alguno de los participantes en el proceso no sea libre para negociar o se encuentre en una situación de desventaja o sumisión con respecto al otro”⁴⁹⁰.

En el mismo sentido, apunta BARONA VILAR que “sólo es posible identificar la mediación con la igualdad de las partes, de manera que para que sean éstas las que intervengan, cedan y alcancen el acuerdo, es imprescindible que actúen en situación de igualdad de posiciones. De este modo, se viene excluyendo la mediación en aquellos supuestos en que este método implicaría la imposición de una parte sobre la otra, por razones diversas, de manera que deberán ser los mediadores los que establezcan esas situaciones claras que no deben llevarse a mediación”⁴⁹¹.

1.3 IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD

La imparcialidad y la neutralidad son dos principios esenciales de la mediación y en muchas ocasiones se confunden o se habla indistintamente de ellos, cuando en realidad, si bien están intrínsecamente unidos, hacen referencia a cosas distintas. En este sentido, señala GARCÍA VILLALUENGA que “separar la neutralidad de la imparcialidad, si bien puede realizarse desde la teoría con más o menos acierto, se complica en la práctica”⁴⁹².

Para BARRAL y otros, “la esencia de la imparcialidad radica en que no se debe favorecer a ninguna de las partes. La esencia de la neutralidad consiste en no influir en ellas”⁴⁹³.

La imparcialidad tiene una clara relación con el principio anteriormente comentado de igualdad de las partes en el proceso de mediación, toda vez que, tal y

⁴⁹⁰ GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de...*, op. cit., pág. 367.

⁴⁹¹ BARONA VILAR, S., “Solución extrajudicial de conflictos *con ojos de mujer*: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, en ETXEBARRÍA ESTANKONA, K. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.), *La resolución alternativa de...*, op. cit., pág. 42.

⁴⁹² GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006, pág. 403.

⁴⁹³ BARRAL, I., LAUROBA, E., MARTÍN, A. et al., “El concepto jurídico de la mediación”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco...*, op. cit., pág. 190.

como señala GARCÍA PRESAS, “para que el proceso tenga la pertinente equidad la persona mediadora ha de ser, ante todo imparcial”⁴⁹⁴.

De hecho, el legislador los ha regulado conjuntamente en el mismo artículo de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, el art. 7 en el que se establece: “Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores. En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresado, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas”⁴⁹⁵.

La imparcialidad, por tanto, se refiere a la actitud del mediador en su intervención con las partes. El mediador no puede favorecer a ninguna de ellas, ha de situarse en una posición de absoluta equidistancia respecto de las mismas, respetando los intereses y puntos de vista de cada una, pero sin tomar partido por alguna en ningún caso⁴⁹⁶.

Esta actitud de imparcialidad del mediador en su desempeño profesional se ha de observar, por supuesto, durante todo el procedimiento de mediación y si hubiere alguna circunstancia que de una u otra forma pudiese incidir en dicho deber de imparcialidad, el mediador está en la obligación legal de ponerlo en conocimiento de las partes, tal y como se dispone en el art. 13 de la Ley 5/2012:

“(…) 4. El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurran circunstancias que afecten a su imparcialidad.

5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de

⁴⁹⁴ GARCÍA PRESAS, I., *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial...*, op. cit., pág. 170.

⁴⁹⁵ Sin embargo, el legislador regula por separado la neutralidad y lo hace en el artículo siguiente, en el art. 8, a diferencia de la mayoría de legislaciones autonómicas sobre mediación familiar, donde ambos principios, imparcialidad y neutralidad son regulados conjuntamente. Tal y como pone de manifiesto GONZÁLEZ PILLADO, “estos dos principios que también están recogidos en todas las leyes autonómicas, se refieren a la actuación del mediador dentro del proceso de mediación y son tratados conjuntamente debido a su carácter complementario”. GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 363.

⁴⁹⁶ Sorprendentemente en el ámbito estadounidense no se incluye, en la *Uniform Mediation Act*, la imparcialidad del mediador como un requisito fundamental del mismo. http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf.

intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

- a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.
- b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.
- c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación”.

Similar previsión se recoge en la mayoría de legislaciones autonómicas sobre mediación familiar. Tal y como pone de manifiesto GONZÁLEZ PILLADO, “para garantizar la imparcialidad del mediador, la mayoría de las leyes autonómicas enumeran causas de abstención y de recusación que harán que la persona mediadora tenga que apartarse del proceso en marcha, ya sea por propia iniciativa o a petición de parte. En concreto, el mediador deberá abstenerse de participar en el proceso de mediación cuando concurran las siguientes circunstancias: conflicto de intereses, vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad, amistad íntima o enemistad manifiesta con una de las partes.

Ahora bien, teniendo en cuenta el principio de autonomía de la voluntad de las partes que, como ya he expuesto, es uno de los principios configuradores de la mediación familiar, las mismas, teniendo conocimiento de la causa de abstención que concurra en el mediador, podrán ponerse de acuerdo en designar a esa persona, manifestándolo así por escrito (art. 11.1 Ley castellano-leonesa).

Para garantizar la imparcialidad del mediador, todas las leyes autonómicas prevén, dentro de su régimen disciplinario, sanciones ante el incumplimiento de su deber

de abstención”⁴⁹⁷.

El deber de imparcialidad no significa que el mediador no pueda apoyar o reforzar a las partes, es más, debe hacerlo cuando así sea oportuno, pero habrá de hacerlo sin comprometer en ningún caso su posición de tercero neutral. Dar una opinión en un momento determinado sobre una cuestión en concreto no tiene por qué implicar la pérdida de la imparcialidad.

En este sentido, y refiriéndose en particular a la mediación familiar, señala RIPOL-MILLET que “con una cierta frecuencia la postura del mediador puede hacer pensar a alguna de las partes que toma partido por la otra parte. Ambos han de comprender que la imparcialidad del mediador no ha de impedir intentar hacer ver a una de las partes –o a las dos si es preciso– que un acuerdo concreto puede dañar a algún miembro del grupo familiar o puede resultar inaceptable si se presenta como propuesta formal de un posible futuro convenio regulador”⁴⁹⁸.

Para LAPASÍO CAMPOS y RAMÓN MARQUÉS, “la imparcialidad se refiere a la característica del mediador, que le permite estar entre las partes, atender la disputa, y no tomar partido por ninguna de ellas. Elemento que tendrá un peso relevante en la resolución del conflicto, ya que sólo cuando las partes son artífices de sus decisiones, sin que nadie interfiera o fuerce ninguna de las posturas, serán consecuentes con éstas y asumirán la responsabilidad que en el proceso les corresponde. En este caso, pues, el mediador no dirá quién tiene razón o no en la disputa, o quien es bueno o malo en el proceso, sino que las partes decidirán cuál es la mejor conveniencia para ambas”⁴⁹⁹.

La imparcialidad implica que el mediador debe abstenerse de realizar valoraciones o críticas a ninguna de las posiciones u opiniones vertidas por las partes y esta actitud habrá de conservarla a lo largo de todo el procedimiento, habiéndose de cuidar mucho de observar hasta el más mínimo detalle, porque las partes en el momento que perciban cualquier síntoma de parcialidad en el mediador hacia

⁴⁹⁷ GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 364.

⁴⁹⁸ RIPOL-MILLET, A., *Familias, trabajo social y mediación*, Paidós, Barcelona, 2001, pág. 175.

⁴⁹⁹ LAPASÍO CAMPOS, L. y RAMÓN MARQUÉS, E., “El proceso en la mediación familiar”, en SORIA, M.A., VILLAGRASA, C. y ARMADANS, I., *Mediación familiar*, op. cit., pág. 147.

alguna de las mismas, posiblemente recelen de su labor profesional y esta desconfianza llevará al fin del proceso de mediación.

A este respecto, sostiene GUILLERMO PORTELA que “el mediador debe mantener siempre una posición de equilibrio y equidistancia respecto de las partes. Ello debe percibirse incluso en detalles que podemos considerar mínimos o triviales. Así, por ejemplo, la duración de las sesiones privadas (caucus) debe ser en lo posible igual para ambas partes: ese tipo de diferencias suele ser percibida negativamente por alguna de ellas, que puede considerar que su intervención en el proceso no está siendo tomada en cuenta, o no se le está dando todo el valor que esperaba”⁵⁰⁰.

Por lo que respecta a la neutralidad, se establece en el art. 8 de la Ley 5/2012, que “Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14”.

Como señala GONZÁLEZ PILLADO, la neutralidad “se predica de la relación del mediador consigo mismo, teniendo en cuenta sus valores, prejuicios, emociones, formación profesional, etc.; mientras que la imparcialidad se ejerce frente a las partes, intentando atender a ambas con la misma atención, en aras del equilibrio de posiciones que se presentan frente al mediador”⁵⁰¹.

Obviamente todas las personas tienen su propia escala de valores, tradiciones, creencias, cultura, y ello puede llevar a querer transmitir los mismos a las personas con las que se interrelaciona. En el caso de la mediación, el mediador ha de mantener en todo momento la neutralidad en el sentido de que no puede dejar que sus convicciones personales primen sobre las de las partes, que en definitiva son las protagonistas del conflicto. Puede que las afirmaciones, valoraciones, incluso los acuerdos que las partes pretendan concluir no coincidan con los que el propio mediador personalmente adoptaría, pero, en cualquier caso, ha de respetar los mismos.

⁵⁰⁰ GUILLERMO PORTELA, J., “Características de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M., *Mediación y solución de...*, op. cit., pág. 220.

⁵⁰¹ GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 363.

Es muy difícil, por no decir imposible, ser totalmente aséptico y tener la capacidad de abstraerse absolutamente sin formarse una opinión propia en base a toda la información que se percibe durante el proceso de mediación. La neutralidad no consiste en eso y entiendo que tampoco es adecuado que el mediador se comporte con un automatismo impropio de una persona cuya labor es la de tratar de ayudar a las personas a buscar una solución a sus problemas. De lo que se trata es que el mediador entienda que no puede orientar y, menos aún, tratar de imponer su propia escala axiológica frente a las de las propias partes que son las verdaderas protagonistas del conflicto.

Para FERNÁNDEZ-BALLESTEROS GONZÁLEZ, la neutralidad significa que el mediador “debe actuar dejando de lado sus valores, sus sentimientos y su necesidad de protagonismo. Aquella persona que sea capaz de realizar esto podríamos decir que sería el *perfecto mediador*, pero sabemos que esto no es posible, ya que nuestros valores forman parte de nosotros mismos y no podemos dejarlos fuera. Lo que se quiere indicar es la necesidad por parte del mediador de ser consciente de dichos valores y sentimientos, que reflexione sobre ellos, para que éstos no se conviertan en un obstáculo para conducir el proceso de la mediación”⁵⁰².

Tal y como apunta GARCÍA PRESAS, “en todo caso, aun cuando no se puede mediar sin partir del reconocimiento de unos valores, tampoco es pertinente que la persona mediadora parta de sus valoraciones personales para llevar a cabo un quehacer predisponiéndose, en función de ello, a favor o en contra de alguna parte”⁵⁰³.

Es un error bastante frecuente, sobre todo cuando el perfil del mediador es más evaluativo o intervencionista, que éste intente llevar a las partes a la solución que él entiende es la adecuada, sin embargo esto no es lo que el mediador debe hacer, porque son las propias partes las que mejor que nadie conocen las circunstancias de toda índole que rodean su propio conflicto por lo que han de ser quiénes

⁵⁰² FERNÁNDEZ-BALLESTEROS GONZÁLEZ, E.C., “Principios de la mediación: rol y técnicas de comunicación”, en SORIA, M.A., VILLAGRASA, C. y ARMADANS, I., *Mediación familiar*, op. cit., pág. 199.

⁵⁰³ GARCÍA PRESAS, I., *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial...*, op. cit., pág. 177.

gestionen el mismo de la forma que consideren oportuna, dándole, en su caso, la solución que ellas entienden le corresponde⁵⁰⁴.

En la misma línea, señala ORTIZ PRADILLO que “la neutralidad, así entendida, se refiere a que el mediador debe actuar de tal forma que sean las partes las que tomen sus propias decisiones de una forma libre y voluntaria, ayudadas por aquél; ni puede, ni debe intentar imponer una solución a las partes, porque su cometido no es enjuiciar el conflicto ni aplicar la normativa vigente según el criterio social imperante, sino que debe respetar el punto de vista de los mediados sin dejar traslucir sus propias creencias, lo cual no deja de ser una muestra más del respeto a la autonomía de la voluntad de las partes que preside este sistema de resolución de conflictos”⁵⁰⁵.

1.4 CONFIDENCIALIDAD

Ya en el *Libro Verde, de 19 de abril de 2002, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, de la Comisión, se señalaba que “la confidencialidad parece ser la condición sine qua non para el buen funcionamiento de las ADR, porque contribuye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento”⁵⁰⁶.

La confidencialidad se configura como pieza clave de la mediación, además de ser condición indispensable para el éxito de la propia institución. La mediación pretende abrir un canal de comunicación entre las partes con la finalidad de acercar las posturas divergentes de las mismas y conseguir un acuerdo amistoso de la controversia que les enfrenta, pero, obviamente, para que ello se produzca se ha de crear un espacio de confianza mutua en el que han de desaparecer, o al

⁵⁰⁴ Tal y como ponen de manifiesto LAPASÍO CAMPOS y RAMÓN MARQUÉS, “en realidad, la neutralidad tiene su origen en el Derecho internacional y se va a referir al caso en que un Estado que está entre otros dos diferentes no interviene en una guerra promovida entre las otras dos naciones. De este modo no se obliga a participar, si bien estratégicamente es un tercer elemento que ocupa un espacio físico entre ambos, pero no se involucra en el conflicto, de tal modo que, existiendo en lo físico, político, etc. no existe a efectos de la disputa. Lo mismo ocurre en el conflicto familiar: el mediador está en la resolución del conflicto, pero no existe a efectos de los elementos que componen la disputa”. LAPASÍO CAMPOS, L. y RAMÓN MARQUÉS, E., “El proceso en la mediación familiar”, en SORIA, M.A., VILLAGRASA, C. y ARMADANS, I., *Mediación familiar*, op. cit., pág. 147.

⁵⁰⁵ ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estudio doctrinal. Análisis de los principios informadores de la mediación...”, op. cit., pág. 17.

⁵⁰⁶ http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0196es01.pdf

menos mitigarse en gran medida, las cautelas con las que cada parte transmite a la otra su propia información o define sus posiciones. Si, de otra forma, las partes pudiesen sospechar que dichas informaciones pudieran traspasar la frontera del proceso de mediación y ser empleadas en un ulterior procedimiento judicial o de otra índole, probablemente no irán a dicho proceso y si lo hacen tendrán mucho cuidado en seleccionar la información que dan durante el mismo, lo que sin duda dificultaría en gran medida el objetivo de la mediación.

Para VIOLA DEMESTRE, “la confidencialidad es uno de los principios fundamentales del procedimiento de mediación porque propicia la confianza mutua de las partes, contribuye a garantizar la franqueza entre ellas, así como la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento. Su finalidad primordial es generar un espacio óptimo de comunicación que favorezca que las partes expresen sus intereses y necesidades para alcanzar, de entre las opciones posibles, aquella solución más razonada, mejor ajustada y conveniente a las circunstancias que concurran, sin el temor de que las palabras, los documentos aportados o las informaciones vertidas en el procedimiento de mediación puedan ser utilizadas en su contra en otro medio de resolución de controversias, en general un juicio, aunque también podría ser en un arbitraje posterior”⁵⁰⁷.

En el mismo sentido, BARONA VILAR apunta que “la confidencialidad, amén de ser una de las ventajas de la mediación, es también un principio de actuación que garantiza el procedimiento en sí y las posibles consecuencias que puedan derivarse de lo que se ha aportado al procedimiento de mediación. De este modo, la confidencialidad es una garantía-compromiso de las partes y del mediador, e inclusive el compromiso de confidencialidad lleva incluso a excluir la posible intervención como testigo del mediador en un posible proceso posterior”⁵⁰⁸.

Es evidente que para impulsar la utilización de la mediación como método de resolución de conflictos se hace necesario garantizar a las partes la confidencialidad y ello ha de hacerse legalmente. Es decir, no basta con códigos de

⁵⁰⁷ VIOLA DEMESTRE, I., “La confidencialidad en el procedimiento de mediación”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Drs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit. págs. 165-166.

⁵⁰⁸ BARONA VILAR, S., “Solución extrajudicial de conflictos *con ojos de mujer*: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, en ETXEBARRÍA ESTANKONA, K. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Drs.), *La resolución alternativa de...*, op. cit., pág. 42.

buenas prácticas o con el compromiso personal de las partes y el mediador.

Tal y como pone de manifiesto VILALTA NICUESA, “la confidencialidad, como principio regulador de la mediación, es reconocida de manera sistemática en la normativa internacional y en la interna de la mayor parte de los Estados. El derecho/deber de confidencialidad, reconocido internacionalmente en la figura del conciliador y mediador, se extiende subjetivamente sobre partes y participantes y, objetivamente, sobre toda la información relativa o con respecto al proceso, su contenido y comunicaciones previas, coetáneas y posteriores. La mayor parte de las legislaciones han incorporado preceptos de naturaleza imperativa y algunas establecen, además, normas a través de las cuales se disponen consecuencias penales ante el incumplimiento de las mencionadas obligaciones”⁵⁰⁹.

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, refiriéndose a la confidencialidad de la mediación, establecía en su art. 7:

“1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo en contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto:

- a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o
- b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de una mediación sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación”.

⁵⁰⁹ VILALTA NICUESA, A. E., “Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco...*, op. cit., págs. 42-43.

Nuestro legislador, como no podía ser de otra forma, al incorporar la Directiva al ordenamiento interno ha contemplado la confidencialidad, si bien, entiendo, no lo ha hecho con el rigor necesario, dando pie a que, de cara al futuro, puedan surgir problemas en su aplicación práctica.

La *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, regula la confidencialidad en el art. 9 y establece:

“1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.

b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico”.

Por lo que respecta a la legislación autonómica en mediación familiar, tal y como pone de manifiesto GONZÁLEZ PILLADO, “el principio de confidencialidad es otro de los principios configuradores de la mediación familiar y por ello aparece también previsto en todas las leyes autonómicas reguladoras de la mediación familiar”⁵¹⁰.

⁵¹⁰ GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 361.

Las partes cuando acuerdan acudir a la mediación para resolver su conflicto, lo hacen sabiendo que es una vía distinta al proceso judicial y al arbitraje.

A este respecto, señala GUILLERMO PORTELA que “la mediación no es un proceso judicial. En ella no se buscan pruebas que tiendan a determinar la verdad de los hechos. En este ámbito no hay una relación entre la decisión y los hechos, sencillamente porque no hay decisión y, consecuentemente, nadie que la imponga. Mientras que el propio derecho determina lo que en el proceso constituye el hecho a probar, la mediación transcurre por otros carriles que tienen más que ver con el reconocimiento de los intereses y las necesidades.

En efecto, en la mediación no hay *pruebas*. Y si las partes involucradas en el conflicto efectúan alguna declaración acerca de los hechos que rodean la situación problemática, ella no podrá ser utilizada en su contra en un futuro proceso judicial. Esta obligación de sigilo, desde luego, también alcanza al mediador, al que también alcanza el deber de confidencialidad, en el caso de que pretendiera citarlo como testigo”⁵¹¹.

En la mediación, lo que cuenta a fin de intentar buscar una solución no son tanto ya las posiciones jurídicas o las pruebas de que dispongan cada una de ellas, sino los intereses que desean ver satisfechos al final. Pero para que ello pueda darse y puedan hablar con franqueza de todo aquello que les preocupa han de tener la seguridad y la confianza de que todo lo que digan, que normalmente va a ir más allá de cuestiones meramente jurídicas, no va a trascender de ese espacio y, por supuesto, no va a poder ser utilizado en un posterior proceso judicial o arbitral si no consiguen un acuerdo en mediación⁵¹².

En el ámbito mercantil o empresarial, tal y como pone de manifiesto FAJARDO

⁵¹¹ GUILLERMO PORTELA, J., “Características de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág. 216.

⁵¹² En este sentido, apunta GIL NIEVAS que “la eventualidad de que se utilice ante los tribunales la información obtenida en el ámbito de una mediación que se suponía confidencial, puede poner en serio riesgo la característica esencial del sistema de mediación que es la confianza de las partes y el intento por parte de las mismas de alcanzar un acuerdo con el apoyo de un tercero. Ninguna de las partes en conflicto va a exponer todas sus cartas en la mediación ante la contraparte si tuviera el temor de que tales informaciones posteriormente van a ser utilizadas en su contra en un proceso judicial”. GIL NIEVAS, R., “La Directiva de Mediación en la Unión Europea”, en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 51.

MARTOS, “las ventajas asociadas al principio de confidencialidad en la mediación han favorecido su preferencia frente a la negociación tradicional y al proceso judicial.

Esta característica ha primado entre empresas cotizadas, sometidas a procesos de venta o fusión, en conflictos relacionados con nuevos productos o procesos en desarrollo, o en situaciones en las que la protección de la imagen tiene singular relevancia.

No obstante, y frente al arbitraje, la confidencialidad es limitada en la mediación, en la medida en que su inicio no impide la posterior incoación de un proceso judicial o arbitraje, si una o ambas partes deciden retirarse o poner fin a la mediación sin haber solventado el conflicto o sin haberlo gestionado constructivamente”⁵¹³.

La obligación o el deber de confidencialidad se extiende tanto al mediador como a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes. Sin embargo, no se establece claramente en la Ley la extensión de dicha obligación de confidencialidad a cualquier tercero que haya podido intervenir en el proceso de mediación (abogados, técnicos, familiares de las partes, etc.) o que haya tenido contacto con el mismo de cualquier forma (por ejemplo trabajadores, alumnos en prácticas, mediadores en formación etc.), lo cual puede resultar ciertamente peligroso, por lo que entiendo debería ser subsanado.

En este sentido, en el art. 9.2 de la Ley se señala que “la confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo” , sin embargo no se especifica claramente quiénes son esas personas, si sólo se refiere a las partes protagonistas del conflicto o a cualquier persona que haya podido tener acceso de una forma u otra a la información vertida durante el proceso de mediación.

⁵¹³ FAJARDO MARTOS, P., “Estrategia y Mediación”, en *Simposio sobre Tribunales y Mediación...*, op. cit. pág. 63.

Posteriormente, en la Disposición final tercera, por la que se modifican diversos preceptos de la LEC, se prevé, en el dispositivo siete, la modificación del art. 335 LEC y la adenda al mismo de un nuevo apartado 3 con la siguiente redacción: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto”. Y relacionado con éste, también se prevé, en el dispositivo ocho, la modificación del párrafo segundo del apartado 1 del art. 347 LEC que queda redactado como sigue: “El tribunal sólo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles, o cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes”.

Sí contempla, pues, la LEC la imposibilidad del perito de comparecer como tal en un procedimiento judicial, si antes lo ha hecho en una mediación sobre el mismo objeto, sin embargo no se hace ninguna modificación expresa similar del art. 361 LEC respecto de la idoneidad para intervenir como testigos, por lo que entiendo sería conveniente abordar dicha modificación a fin de evitar futuros problemas.

La confidencialidad se configura como un deber para el mediador, pero también como un derecho y, en este sentido, la Ley equipara la misma al secreto profesional que tienen por ejemplo los abogados y otros profesionales⁵¹⁴.

A este respecto, señala VIOLA DEMESTRE que “en términos jurídicos, la confidencialidad se concibe, también, como un deber, una obligación o un carácter de la información de las sesiones de mediación, relacionado estrechamente con el secreto profesional.

En efecto, confidencialidad y secreto profesional suelen ser conceptos que aparecen interrelacionados, cuanto menos, así se desprende de la normativa a la que están sujetos determinados profesionales (abogados, entre otros). Se trata de personas que, por razón de su profesión, son depositarias de los relatos,

⁵¹⁴ Según GARCÍA PRESAS, “en cierto modo, la confidencialidad se entiende vinculada a la profesionalidad del mediador, que no sólo tiene que ver con el inicio y desarrollo de dicha mediación, sino que incluso se proyecta hacia un tiempo futuro, en virtud de lo que, en definitiva, es el secreto profesional”. GARCÍA PRESAS, I., *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial...*, op. cit., pág. 183.

informaciones, documentaciones, etc., de otras personas por lo que, también aquí, la confidencialidad es una garantía de la confianza depositada en el profesional. La distinción entre una (confidencialidad) y otro (secreto profesional) radicaría en el matiz de la condición de profesional: la confidencialidad sería una cualidad de la información revelada en confianza a cualquier persona sometida a ella; mientras que el secreto profesional es un deber (y, en ocasiones, también un derecho) de personas con un determinado perfil profesional”⁵¹⁵.

La confidencialidad es relativamente sencilla de obtener y de controlar respecto del mediador interviniente en el proceso de mediación, sin embargo esta cuestión se hace más difícil respecto de las partes, ¿cómo controlar que éstas no van a hacer uso en beneficio propio de la información obtenida durante el proceso de mediación en un ulterior proceso judicial?.

En este sentido, la Directiva 2008/52/CE al regular el deber de confidencialidad lo hace sólo respecto de los mediadores y de las personas que participan en el procedimiento de administración de la mediación, pero nada refiere de las partes protagonistas del conflicto⁵¹⁶.

Entiendo que se hace francamente difícil poder asegurar que las partes no van a utilizar aquella información que hayan podido obtener durante la mediación y más complicado todavía acreditar que dicha información, que ahora se está utilizando en el proceso judicial o en el arbitraje, fue obtenida en aquel procedimiento de mediación, máxime teniendo en cuenta que no se deja constancia escrita del contenido de las sesiones de mediación y que además el mediador no puede ser llamado a prestar declaración sobre dichos extremos porque, en este caso sí, la obligación de confidencialidad a la que se encuentra sujeto el mismo y la posible responsabilidad en que incurriría en caso de incumplirla es evidente.

⁵¹⁵ VIOLA DEMESTRE, I., “La confidencialidad en el procedimiento de mediación”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit. págs. 169-170.

⁵¹⁶ En nuestro país, igualmente por ejemplo, la Ley de Mediación familiar de Andalucía, a diferencia de la mayoría de legislaciones autonómicas en la materia, no recoge el deber de confidencialidad para las partes, sino sólo para el mediador. Así, en el art. 9 se establece: “*Confidencialidad de la mediación familiar y secreto profesional de la persona mediadora. La persona mediadora no podrá desvelar durante el proceso de mediación familiar, e incluso una vez finalizado el mismo, ningún dato, hecho o documento del que conozca relativo al objeto de la mediación, salvo autorización expresa de todas las partes que hayan participado y sin perjuicio de lo establecido en el art. 16, letra h*”.

El mediador ha de explicar claramente a las partes al comienzo del proceso de mediación la obligación que les compete, tanto a las mismas como al propio mediador, de guardar secreto sobre el contenido de la información que se vierta durante todo el procedimiento y el juez, en caso de que las partes no lleguen a ningún acuerdo en la mediación y decidan iniciar o continuar el proceso judicial, habrá de velar, en la medida de lo posible, porque éstas no puedan utilizar durante el mismo informaciones o datos obtenidos durante aquella, aunque ya digo que se antoja tarea complicada.

Igualmente, entiendo que el mediador habrá de hacer saber la obligación de confidencialidad a cualquier persona que intervenga una vez iniciado el procedimiento o que, por cualquier circunstancia, tenga acceso a dicha información, si bien, como he comentado, dicha obligación no queda claramente definida en la Ley. Sería oportuno, en este sentido, que el mediador hiciese firmar a todas las personas que de cualquier forma tengan algún tipo de participación en el procedimiento de mediación un compromiso expreso de confidencialidad.

Según apunta FERNÁNDEZ-BALLESTEROS GONZÁLEZ, “el principio de confidencialidad se hace extensivo también a las reuniones privadas que eventualmente el mediador pueda mantener con las partes y opera tanto de cara a los implicados como de cara a terceros (jueces, abogados, servicios sociales, etc.). El objetivo de esta característica sería el permitir a las partes en conflicto la posibilidad de comunicarse con creatividad, equidad y objetividad, aumentando de esta forma la probabilidad de llegar a un acuerdo sin presiones o miedos de que sus comportamientos o afirmaciones puedan ser usados eventualmente en un proceso judicial en su contra”⁵¹⁷.

Se ha discutido también si la confidencialidad abarca también el contenido del acuerdo de mediación. Nada señala expresamente la Ley en este sentido, por lo que cabría entender que el acuerdo de mediación forma parte de la “documentación utilizada en el mismo”, o bien que es “información y documentación derivada de un procedimiento de mediación”, por lo que el mismo tendrá carácter confidencial al

⁵¹⁷FERNÁNDEZ-BALLESTEROS GONZÁLEZ, E.C., “Principios de la mediación: rol y técnicas de comunicación”, en SORIA, M.A., VILLAGRASA, C. y ARMADANS, I., *Mediación familiar*, op. cit., pág. 197.

no encontrarse dentro de las excepciones que se recogen en la propia Ley.

Sin embargo en la Directiva 2008/52/CE una de las excepciones a la confidencialidad de la mediación hace referencia precisamente a “cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo”.

Lógicamente, el acuerdo de mediación no puede tener carácter confidencial, salvo que la partes así lo pacten expresamente. Como comentaré más adelante la Ley 5/2012 faculta a las partes a elevar a escritura pública el acuerdo de mediación a fin de dotarle de eficacia ejecutiva, pero en caso de que no lo hagan, una vez producido el incumplimiento por parte de alguna de ellas, la otra tendrá derecho a hacer valer el contenido del mismo a través del procedimiento declarativo que corresponda con el fin de poder instar su cumplimiento.

El Tribunal Supremo se ha manifestado en este sentido, con anterioridad a la entrada en vigor de la actual Ley 5/2012. Así, en la STS 714/2011 se resuelve la cuestión planteada por la inadmisión por parte de un Juzgado de Primera Instancia de un acuerdo de mediación que pretendía ser presentado como prueba por una de las partes litigantes, y se señala que en dicha resolución que “el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a informaciones confidenciales, que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de las partes y del mediador, pero no puede extenderse al caso presente en que se pretende traer a un proceso judicial lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial”.

La confidencialidad no se configura como un principio absoluto, toda vez que existen una serie de excepciones a la misma.

Así, tal y como se establece en la Ley, en primer lugar, las propias partes de mutuo acuerdo pueden liberarse de dicha obligación de confidencialidad, así como liberar al propio mediador, habiendo de hacerlo de forma expresa y por escrito. Esto, obviamente, va a llevar a las partes a guardar las debidas cautelas en orden a la información que proporcionan durante el desarrollo de las sesiones de mediación, ya que saben que en caso de no alcanzar acuerdo alguno dicha información podrá

ser utilizada en su contra en un posterior proceso de carácter adversarial.

A este respecto, señala MARTÍN DIZ que “parece evidente que en estos supuestos, si las propias partes (todas ellas, no unilateralmente) no asumen la obligación de mantener la confidencialidad, sino que al contrario permiten la difusión de hechos, datos o documentos de la mediación, no es más que la expresión del principio de autonomía de la voluntad que rige la mediación, y entendemos que no habría inconveniente en este caso, y el mediador (y el resto de intervinientes) quedaría liberado del deber de secreto que se le impone”⁵¹⁸.

También la confidencialidad puede quebrar por prescripción legal en determinados casos.

Normalmente, casi todas las legislaciones que han regulado la mediación suelen recoger como excepciones al deber de confidencialidad los casos en que, de la información revelada durante el proceso, se desprenda que existen razones de orden público que así lo aconsejan, como por ejemplo cuando de dicha información se deduce una amenaza o riesgo para la vida o integridad física o psíquica de una persona o la comisión de un hecho delictivo perseguible de oficio, o bien lo requiera la protección del interés superior del menor⁵¹⁹. Este es el criterio que ha seguido también la Directiva 2008/52/CE, que igualmente establecía que dichas excepciones no obstan a que los Estados miembros puedan aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación.

Se suelen señalar también como excepciones a la confidencialidad, aquellas informaciones obtenidas en el transcurso de las sesiones de mediación que no tengan carácter personalizado o aquéllas otras que son utilizadas con fines

⁵¹⁸ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., pág. 80. En este sentido también, VIOLA DEMESTRE sostiene que “la confidencialidad se ha concebido como un privilegio de las partes: si ambas están de acuerdo en que la información pueda ser revelada, el mediador podría ser compelido a testificar en un procedimiento”. VIOLA DEMESTRE, I., “La confidencialidad en el procedimiento de mediación”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dir.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit. pág. 174.

⁵¹⁹ Así se puede constatar en la práctica totalidad de legislaciones autonómicas en materia de mediación familiar. Vid. GARCÍA PRESAS, I., *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial...*, op. cit., págs. 185-194.

estadísticos, de formación o de investigación⁵²⁰.

Sin embargo, nuestro legislador ha regulado un régimen de excepciones al deber de confidencialidad quizás un tanto insuficiente. Así, se establece en el apartado segundo del art. 9 que tal obligación de confidencialidad desaparecerá: “a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad; b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal”.

No se han incluido como excepciones los supuestos en los que el mediador pueda tener conocimiento durante las sesiones de mediación de la existencia de una amenaza o riesgo para la vida o integridad física o psíquica de una persona, o aquellos otros en los que haya tenido conocimiento de la comisión de un hecho delictivo perseguible de oficio, sin embargo sí se incluye como excepción a la confidencialidad la solicitud motivada de un juez del orden jurisdiccional penal, pero en qué supuestos y para qué fines son preguntas que sería conveniente responder y dejar debidamente aclaradas a fin de evitar malentendidos posteriores y posibles arbitrariedades judiciales.

1.5 FLEXIBILIDAD

Tal y como sostiene SOLETO MUÑOZ, “establecer límites claros y excluyentes en relación con el concepto de mediación no es conveniente, porque precisamente una de las características del procedimiento de mediación ha de ser la flexibilidad”⁵²¹.

En el mismo sentido, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS GONZÁLEZ señala que “el proceso de mediación presenta aparentemente una informalidad relativa y requiere de muy pocos convencionalismos para llevarse a cabo. Este aspecto le permite adecuarse a las circunstancias y a las personas, es decir, se adapta y es aplicable a todo tipo de conflictos generados entre toda clase de individuos

⁵²⁰ Vid. BARRAL, I., LAUROBA, E., MARTÍN, A. et al., “El concepto jurídico de la mediación”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRE, J y POBLET, M. (Eds.) *Materiales del Libro Blanco...*, op. cit., pág. 192.

⁵²¹ SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación vinculada a los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H., *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 246.

grupos”⁵²².

En efecto, la flexibilidad se presenta como una de las características o principios fundamentales de la mediación. Frente al proceso judicial, incluso frente al arbitraje, la mediación es mucho menos formalista, no se ajusta a normas legales prefijadas, prima la voluntad de las partes y del mediador a la hora de configurar el mismo.

Así ha sido recogido expresamente en la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

Al referirse a la partes en la mediación, se establece en el art. 10 que “sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente”.

Igualmente, en el apartado tercero del Preámbulo, se señala que “el régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes”.

Y, en el apartado IV de dicho Preámbulo, relativo a la estructura de la Ley, se vuelve a hacer referencia a la flexibilidad, “el título IV regula el procedimiento de mediación. Es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales. La norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto”.

En cuanto a la legislación autonómica en mediación familiar, la mayoría de las leyes señalan que la mediación debe desarrollarse de forma flexible, si bien se han de respetar una serie de principios mínimos establecidos en las mismas. De hecho, algunas normas autonómicas regulan exhaustivamente dichos principios, así como

⁵²²FERNÁNDEZ-BALLESTEROS GONZÁLEZ, E.C., “Principios de la mediación: rol y técnicas de comunicación”, en SORIA, M.A., VILLAGRASA, C. y ARMADANS, I., *Mediación familiar*, op. cit., pág. 200.

la forma en que ha de desarrollarse el procedimiento de mediación.

En este sentido, ORTIZ PRADILLO pone de manifiesto la paradoja de las legislaciones autonómicas sobre mediación familiar que proclaman la flexibilidad del proceso de mediación, pero que, sin embargo, lo regulan en exceso. Señala el citado autor que “ya que la mediación es un método de solución consensuada de conflictos que se distingue, precisamente, por su carácter informal, privado, casi espontáneo y no sujeto a normas, no tendría sentido que se obligara a dos sujetos enfrentados, que desean llegar a un acuerdo, a seguir un determinado procedimiento reglado para poder alcanzar el mismo. Por el contrario, esto es justamente lo que llevan a cabo las distintas legislaciones reguladoras de la mediación familiar: someter a esas partes al cumplimiento de determinados requisitos si desean servirse de determinados beneficios (servicios sociales puestos a su disposición, gratuidad del servicio prestado, confidencialidad sobre lo discutido) o si desean que el ordenamiento jurídico reconozca determinados efectos a ese acuerdo alcanzado de forma privada (suspensión de los plazos de prescripción y caducidad, consideración de título ejecutivo, fuerza de cosa juzgada, etc.). La ley no impide la existencia de una mediación *extralegal*, si entendemos ésta como la que puede desempeñar cualquier tercero con interés en que las partes en conflicto resuelvan pacíficamente sus diferencias, como por ejemplo, un familiar, un vecino común, el párroco del pueblo, etc., pero sí regula los requisitos a cumplir para que esa mediación sea reconocida como tal a los oportunos efectos legales anteriormente citados.

Como consecuencia, y a pesar de que muchas de las leyes autonómicas reguladoras de la mediación familiar declaran expresamente que la flexibilidad es un principio rector del procedimiento de mediación, con el debido sometimiento a las normas mínimas establecidas en dichas leyes como garantía de calidad de dicho procedimiento, podemos afirmar que, la mediación institucionalizada no se caracteriza precisamente por ser un procedimiento *flexible*, pues el grado de autonomía reconocido a las partes para configurar la tramitación a seguir es menor que la concedida en la configuración de un arbitraje, en el que la mayoría de

las normas son dispositivas y, por tanto, modificables por acuerdo de las partes”⁵²³.

La mediación implica una mayor libertad de las partes, en la medida en que éstas no han de estar sujetas a ningún tipo de atadura formal, haciendo y deshaciendo siempre en virtud de sus propios intereses, teniendo únicamente como barrera las disposiciones legales vigentes que en ningún caso podrán ser contravenidas por sus acuerdos.

Ahora bien, esta ausencia de rigidez formal no implica que la mediación sea un proceso desestructurado y carente de cualquier tipo de reglas, donde vale cualquier cosa⁵²⁴.

Tal y como señala MARTÍN DIZ, “la sencillez y la celeridad que imprime como sello distintivo a la mediación la vigencia de la flexibilidad se han convertido, por méritos propios, en una de sus bondades más pregonadas. Cuestión distinta es que de la vigencia de este principio podamos sacar la conclusión de que la mediación es absoluta y totalmente informal. No es así, y por ello nos decantamos por el principio de flexibilidad, o su carácter irrituario, como los que mejor encajan en el perfil que la mediación presenta. La mediación sí ha de seguir unas pautas, unos parámetros genéricos, pero sin apreturas en cuanto dejan suficiente margen de actuación al mediador y a las partes, constituyéndose esta circunstancia, a priori, en una ventaja frente a la excesiva sujeción que gobierna el proceso judicial y que constriñe al juez y a las partes en sus actuaciones”⁵²⁵.

En el mismo sentido, BARRAL y otros destacan que “la mediación es esencialmente un proceso dúctil y variable, que debe adaptarse a cada caso concreto, sin un protocolo rígido y rutinario. Es sabido que la mediación es una técnica estructurada, con unos pasos conocidos; es así, sin perjuicio de que, a la vez, está

⁵²³ Vid. ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estudio doctrinal. Análisis de los principios informadores de la mediación...”, op. cit., págs. 14-15.

⁵²⁴ En este sentido, tal y como pone de manifiesto GARCÍA PRESAS, “el propio hecho de que exista un punto de partida acordado, en relación con el procedimiento a seguir, supone que, en cierto modo, existe un formalismo que, por la levedad de su estructura y del compromiso adquirido en lo que a su desarrollo se refiere, puede llegar a considerarse con la denominación de *antiformalismo* siendo, en realidad, el origen mismo de la flexibilidad que distingue, entre otras características a la mediación familiar”. GARCÍA PRESAS, I., *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial...*, op. cit., pág. 207.

⁵²⁵ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., pág. 83.

dotada de elementos que modulan la rigidez del proceso; en ocasiones puede desarrollarse como en un camino en espiral positiva con avances y retrocesos según el discurso de las partes”⁵²⁶.

E igualmente, GUILLERMO PORTELA apunta que “el proceso debe adaptarse a la naturaleza de cada caso en particular (...). Pero, ¡cuidado!, la informalidad no significa que cada uno pueda hacer cualquier cosa en la mediación. Como buen conductor, el mediador deberá ser siempre el *guardián* del proceso”⁵²⁷.

No hay que confundir, por tanto, la flexibilidad de la mediación con el antiformalismo. El hecho de que sean las partes y el propio mediador quienes pueden conformar el proceso de mediación como tengan por conveniente, no significa que la mediación pueda desarrollarse de cualquier manera, toda vez que para que la misma goce de los efectos jurídicos que la Ley le atribuye habrá de sujetarse a ciertas, aunque mínimas, formalidades que la propia norma establece, como comentaré más adelante al referirme al proceso de mediación⁵²⁸.

1.6 CARÁCTER PERSONALÍSIMO

Tal y como he venido comentando, la mediación es un método de resolución de conflictos de carácter voluntario, donde por tanto prima la autonomía de las propias partes tanto en el inicio, como en el desarrollo y fin del proceso.

Es, igualmente, un sistema en el que no priman las cuestiones o posiciones jurídicas, sino que está basado en los intereses de las partes, por lo que nadie mejor que ellas conocen cuáles son los mismos.

Es un proceso donde los protagonistas del diálogo y la negociación en aras a la

⁵²⁶ BARRAL, I., LAUROBA, E., MARTÍN, A. et al., “El concepto jurídico de la mediación”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco...*, op. cit., pág. 186.

⁵²⁷ GUILLERMO PORTELA, J., “Características de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág. 217.

⁵²⁸ En este sentido, apunta ORTUÑO MUÑOZ que el sentido que ha de dársele al antiformalismo nada tiene de valor absoluto, ya que si bien resulta conveniente, por lo que respecta sobre todo a la dinámica del propio procedimiento, es deseable también contar siempre con el suficiente grado de formalidad, a fin de que lo realizado en dicho procedimiento goce de validez y sus posibles acuerdos puedan ser ejecutables. Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., “El proyecto de directiva europea sobre la mediación”, en RUIZ MARÍN, M.J. (Dir.), *Mediación y protección de menores en Derecho de Familia*, Cuadernos de Derecho Judicial V-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 256-257.

consecución de un posible acuerdo son las propias partes, por lo que el mismo debe ser seguido por las personas implicadas en el conflicto. Como sostiene MARTÍ BALDELLOU, éste “es un principio coherente con la esencia del proceso, pues supone el comprender las perspectivas de las partes, subjetivas y personales, que solamente ellas conocen y, por lo tanto, son los únicos interlocutores válidos”⁵²⁹.

Para MARTÍN DIZ, “solucionar un conflicto con el diálogo por bandera, determinando deliberada y voluntariamente la vía elegida para ello, y a través de la oralidad, no puede conducir sino a una imprescindible intervención personalísima de las partes. Sin la proximidad, sin el cara a cara, no es concebible la mediación. De ahí que, como consecuencia lógica de toda la serie de principios ya enunciados y de lo que conllevan en su práctica, la mediación sea un sistema de solución de conflictos donde no es posible la sustitución de las partes, entendida esta cualidad como la imposibilidad de que las partes sean representadas en la mediación por terceros interpuestos o representantes”⁵³⁰.

Por su parte, GARCÍA PRESAS señala que “la inmediatez y el carácter personalísimo pueden entenderse como una garantía de que cada parte ha de gestionar por sí misma el conflicto en relación con la otra parte. A la vez, la persona mediadora –y quien, en su caso, colabore con ella– ha de estar igualmente presente para que todos y cada uno de los momentos en los que se tomen decisiones susceptibles de ser objeto de documentación expresa, sean debidamente explicitados”⁵³¹.

Ahora bien, la presencia personal de las partes no es igual de importante en función del tipo de conflicto o del ámbito donde se esté desarrollando la mediación.

Comparto plenamente la idea de la necesidad de la presencia personal de las partes en el proceso de mediación cuando se trata de conflictos familiares u otros en los que por su propia naturaleza o circunstancias, precisamente, son las partes las que mejor que nadie, o única y exclusivamente, conocen cuáles son los intereses

⁵²⁹MARTÍ BALDELLOU, C., “En torno a los nuevos principios de la mediación”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dir.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit. pág. 157.

⁵³⁰MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., pág. 75.

⁵³¹GARCÍA PRESAS, I., *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial...*, op. cit., pág. 206.

subyacentes y las cuestiones que hay que tratar de resolver.

En este sentido, LAPASÍO CAMPOS y RAMÓN MARQUÉS, refiriéndose a la mediación familiar en Cataluña, señalan que “la presencia, por sí mismas, de las partes que están implicadas en el conflicto resulta un requisito imprescindible en el proceso de mediación, además de constituir una exigencia legal, ya que, por un lado, las personas que participan del proceso de mediación han de tener capacidad de decisión propia y han de transmitirla en primera persona, sin poder delegar ni ser representados (cuando alguien ocupa un lugar de un tercero delegado, la mediación no es posible); por otro lado, la Ley de Mediación Familiar exige que las partes han de asistir personalmente a las reuniones de mediación”⁵³².

Lo mismo sucede con el resto de legislaciones autonómicas sobre mediación familiar. Así, GONZÁLEZ PILLADO destaca que “el carácter personalísimo, también denominado inmediación (arts. 8 Ley asturiana y 2 f) Ley balear) o inmediatez (arts. 8 i) Ley vasca y 8.1 Ley gallega), aparece también configurado en todas las leyes autonómicas como un principio esencial del proceso de mediación. De acuerdo con este principio, las partes y la persona mediadora deben asistir personalmente a las reuniones convocadas a lo largo del proceso de mediación sin que puedan valerse de representantes o intermediarios”⁵³³.

Pero hay otros conflictos, de naturaleza puramente civil o mercantil, o donde se discuten cuestiones técnicas o jurídicas, que pueden ser perfectamente mediables, pero que, sin embargo, entiendo no requerirían de la necesaria presencia de las partes implicadas, pudiéndose delegar la misma en algún representante que conozca mejor dichos temas a tratar⁵³⁴.

⁵³² LAPASÍO CAMPOS, L. y RAMÓN MARQUÉS, E., “El proceso en la mediación familiar”, en SORIA, M.A., VILLAGRASA, C., ARMADANS, I. (Coords.), *Mediación familiar*, op. cit., págs. 148-149.

⁵³³ GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 362.

⁵³⁴ En este sentido, la *Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria*, cuyo ámbito objetivo de aplicación ya no se circunscribe exclusivamente al de la mediación familiar, en su art. 12 prevé que las partes puedan acudir a la mediación personalmente o bien a través de representantes. (Art. 12.1: “*Las personas mediadoras han de asistir siempre personalmente a las reuniones de mediación. Las partes deberán asistir personalmente cuando el conflicto afecte a derechos personalísimos, de ius cogens o deba ser fiscalizado por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la representación necesaria de menores e*

Considero que el carácter personalísimo no es un principio intrínseco de todo tipo de mediación, sino más bien una característica habitual, pero no necesaria en todo caso, ya que de configurarse con dicho carácter iría contra la predicada flexibilidad de la mediación.

De hecho, en la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, no se hace referencia en ningún momento al carácter personalísimo de la mediación, si bien cuando se hace algún tipo de alusión a las partes en todo su articulado sólo se refiere a las mismas personalmente y no a sus representantes, salvo cuando se regula el acuerdo de mediación en el art. 23, donde se establece que el mismo “deberá firmarse por las partes o sus representantes”, lo que tampoco encierra demasiada lógica. Por una parte, parece darse a entender que las partes han de seguir personalmente todo el procedimiento de mediación, desde su inicio hasta su conclusión, sin embargo a la hora de suscribir finalmente el acuerdo de voluntades alcanzado por las mismas no se exige que sean éstas las que lo hagan, pudiendo ser verificado por sus representantes.

El carácter personalísimo con el que habitualmente se desarrolla el procedimiento de mediación tampoco obsta a que, en un momento determinado, puedan participar terceras personas, con el consentimiento tanto de las partes como del mediador, que puedan ser relevantes a fin de ayudar en el propio proceso de mediación, como podrían ser hijos, parientes, amigos, técnicos, peritos, etc.⁵³⁵

1.7 BUENA FE

La buena fe no es simplemente un principio informador de la mediación, la buena

incapaces. Fuera de estos casos, las partes podrán acudir representadas mediante escrito acreditativo de la representación dirigido a la persona mediadora...”.

⁵³⁵ Por ejemplo, La *Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana*, en su art. 15, incorpora la posibilidad de que acudan terceras personas al proceso de mediación, (“Las partes han de asistir personalmente a las reuniones de mediación. En su caso, la persona mediadora podrá proponer la presencia de otras personas en calidad de consultoras, que deberán ser aceptadas por las partes. Estas últimas estarán sujetas también a los principios que se requieren a las partes: confidencialidad, buena fe y no actuar profesionalmente en caso de litigio entre ellas”). Igualmente, la *Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria*, en el art. 12.1 establece: “(...) En su caso, la persona mediadora podrá proponer la presencia de otras personas en calidad de consultoras, que deberán ser aceptadas por las partes. Dichas consultoras estarán sujetas también a los derechos y deberes que se requieren a las partes y a las personas mediadoras. Además, en caso de personas con dificultades de expresión o comprensión podrán acudir los intérpretes adecuados para que las sesiones de mediación sean inteligibles”.

fe es uno de los principios generales del Derecho. Tal y como señala ÁLVAREZ SACRISTÁN, al hablar de la doctrina de nuestros tribunales sobre la buena fe, se podrían destacar varios aspectos: “(...) 2.- El principio de buena fe recogido en el Código Civil para el ejercicio de los derechos subjetivos, es informador de todo el ordenamiento jurídico. 3.- Cualquier resultado jurídico que sea contrario a la buena fe deviene en rechazable. 4.- La buena fe en su aspecto objetivo requiere un comportamiento justo y honrado. 5.- La buena o mala fe exige que se analicen los valores éticos de la lealtad y honradez. Son conductas –tanto la buena como la mala fe– que se apoyan en la valoración de una conducta deducida de unos hechos (...)”⁵³⁶.

Para MARTÍN DIZ, “más que la buena fe, como tal, que es un principio básico del ordenamiento jurídico, entendemos que en el caso concreto de la mediación dicho principio ha de ser el de probidad, entendida ésta como la honestidad con que las partes y el propio mediador deben guiar su actuación. Por tanto, la colaboración leal, la rectitud, la razonabilidad y el sentido de la Justicia deben conducir el proceder de los intervinientes en la mediación”⁵³⁷.

Como no podía ser de otra forma, para que el proceso de mediación transcurra por los cauces adecuados es importante que todas las partes colaboren, que sean honestas y transparentes en sus respectivos papeles⁵³⁸.

A diferencia del proceso judicial, donde las partes suelen esconder parte de sus bazas o, en cualquier caso, jugar éstas en beneficio propio y, por tanto, en perjuicio de la otra parte, la mediación se presenta como un procedimiento más limpio en el que dichas partes han de colaborar, donde no hay ganadores ni perdedores y donde la sinceridad se convierte en un factor importante.

FAJARDO MARTOS señala además que las partes han de acreditar la buena fe

⁵³⁶ Vid. ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *Principios Generales del Derecho*, Gomylex, Bilbao, 2010, pág. 70.

⁵³⁷ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., pág. 84.

⁵³⁸ A este respecto, señala MARTÍ BALDELLOU que “tal vez pueda pensarse que se trata de una propuesta idealista y hasta cierto punto ingenua; en algunos casos se dice, con un sentido peyorativo, que la mediación es un recurso apropiado para personas buenas. Aún así, la experiencia de numerosos procesos de mediación evidencia que la mayoría de las personas mantienen la norma de la buena fe y de la honestidad durante el proceso, haya terminado o no en acuerdo”. MARTÍ BALDELLOU, C., “En torno a los nuevos principios de la mediación”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit. pág. 155.

durante el proceso como estrategia propia de las mismas en la mediación, a fin de evitar sanciones jurídicas por abuso de derecho o temeridad⁵³⁹.

Todos los participantes en el proceso de mediación, tanto las partes como el mediador o el resto de posibles intervinientes, habrán de actuar conforme a las exigencias de la buena fe y el recíproco respeto.

BARRAL y otros apuntan que “estas precisiones se traducen, entre otros efectos, en la voluntad de explicitar que la mediación no puede ser empleada como instrumento dilatorio y, sobre todo, en la voluntad de subrayar ese elemento cooperativo para la resolución o interpretación del conflicto, y esa superación de la desconfianza necesaria para avanzar, incluso si no se llega a acuerdos”⁵⁴⁰.

El mediador ha de intentar ayudar a las partes en su proceso de búsqueda de un acuerdo, pero para ello éstas han de colaborar con el mismo facilitándole su labor⁵⁴¹.

Para FERNÁNDEZ-BALLESTEROS GONZÁLEZ, “el mediador debe partir del presupuesto de que las partes en conflicto actúan con sinceridad, honradez y rectitud. Se les presume la buena fe y es el mismo mediador quien deberá poner mucha atención para observar los comportamientos y la existencia de necesidades e intereses ocultos en alguna de las partes y que en algún momento podrían llegar a desvirtuar la buena fe y la confianza que se tiene en una persona o procedimiento.

Por tanto, el mediador deberá evitar en la medida de sus posibilidades la presencia de prejuicios en la relación con los usuarios que acudan a su servicio”⁵⁴².

⁵³⁹ FAJARDO MARTOS, P., “Estrategia y Mediación”, en *Simposio sobre Tribunales y Mediación...*, op. cit. pág. 63.

⁵⁴⁰ BARRAL, I., LAUROBA, E., MARTÍN, A. et al., “El concepto jurídico de la mediación”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco...*, op. cit., pág. 194.

⁵⁴¹ Tal y como señala MEJÍAS GÓMEZ, “en el proceso de mediación es absolutamente imprescindible que las partes sean sinceras, actúen de buena fe. La mediación es un proceso sincero, honesto, claro, transparente, limpio”. MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de...*, op. cit., pág. 34.

⁵⁴² FERNÁNDEZ-BALLESTEROS GONZÁLEZ, E.C., “Principios de la mediación: rol y técnicas de comunicación”, en SORIA, M.A., VILLAGRASA, C. y ARMADANS, I., *Mediación familiar*, op. cit., pág. 200.

La buena fe implica también el juego limpio entre las partes, por lo que éstas no podrán interponer acciones judiciales o extrajudiciales entre ellas sobre el mismo objeto que verse la mediación, mientras ésta continúe abierta.

Así se ha recogido expresamente en el art. 10.2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que establece:

“Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.

Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.”

La totalidad de las leyes autonómicas hacen referencia igualmente a la exigencia de que las partes en mediación actúen de conformidad a las exigencias de la buena fe y el respeto recíproco. Igualmente, dichas exigencias de buena fe y respeto hacia las partes son predicables respecto del mediador, si bien, como destaca GONZÁLEZ PILLADO, “los efectos derivados de su falta son distintos en un caso y en el otro, siendo únicamente la Ley valenciana, en su artículo 5, la que alude expresamente a los mismos.

Si son las partes quienes actúan sin atender a los postulados de la buena fe, se *producirán los efectos que le son propios en el ámbito de la libertad de los pactos*; esto es, habrá de acudirse a las previsiones que en materia de contratos se contienen en el Código Civil (arts. 1269 ss.). En consecuencia, el acuerdo alcanzado en el proceso de mediación será nulo en el supuesto en que se demuestre la concurrencia de mala fe, de carácter grave, por una de las partes del proceso.

Por su parte, la ausencia de buena fe en la persona mediadora dará lugar a la imposición de la correspondiente sanción prevista dentro del régimen disciplinario en las distintas leyes autonómicas⁵⁴³.

2. EL ESTATUTO DEL MEDIADOR

Que el mediador es la pieza esencial del sistema es un hecho que he venido reseñando a lo largo de todo este trabajo y así, además, se reconoce en el propio Preámbulo de la Ley 5/2012, como ya quedó apuntado.

La Ley regula el Estatuto del mediador en el Título III, determinando cuáles han de ser los requisitos que ha de cumplir para poder desempeñar profesionalmente su labor, así como los principios que han de regir su actuación y su posible responsabilidad civil. Igualmente, la Ley utiliza el término “mediador” sin prejuzgar que sea uno o varios y destaca el relevante papel que van a desempeñar las instituciones de mediación a la hora de reglamentar e impulsar los procedimientos de mediación, así como la formación y requisitos de los mediadores que vayan a formar parte de las mismas.

Por su parte, el recientemente aprobado Real Decreto 980/2013 incide en la figura del mediador como pieza esencial del modelo e intenta apostar por la calidad de la mediación, imponiendo una serie de requisitos a éste.

La Ley y el Real Decreto regulan el “estatuto mínimo” del mediador, por lo que las instituciones de mediación podrán exigir mayores requisitos que los que se establecen en las citadas normas para seleccionar a “sus” mediadores.

Tal y como apunta BARONA VILAR, “en un sentido, absolutamente vago y amplio la Directiva 2008/52/CE tampoco venía a establecer los requisitos profesionales del mediador, así como tampoco ofrecía indicaciones articuladas sobre las garantías que éste mismo debía presentar en relación con la mediación, dejando que fueren las diversas legislaciones de los Estados miembros las que configuraran las reglas generales acerca de la formación inicial y la continua que se exigiere a los

⁵⁴³ GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 367.

mediadores, estableciendo aquellos mecanismos que se consideraren más adecuados para efectuar el control de calidad de la mediación y especialmente de quien hace y dirige la mediación, que es el mediador”⁵⁴⁴.

A pesar de estos “mínimos” que se recogen en la Ley 5/2012 y en el Real Decreto 980/2013, está aún por verse en la práctica como se van a implementar las citadas normas y cómo se va a desarrollar la profesión del mediador. Según pone de manifiesto MARQUES CEBOLA, “esta realidad es consecuencia de la juventud aplicativa de la mediación, así como también de la ausencia de un *Estatuto General de los Mediadores*, a imagen del previsto, por ejemplo, para los abogados en el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio. En verdad, la propia calidad y credibilidad de la mediación exige la promulgación del Estatuto del Mediador. Los mediados confiarán en un profesional que tenga formación adecuada para el ejercicio de su actividad y, principalmente, al que pueden responsabilizar por negligentes conductas profesionales. La Directiva 2008/52/CE, preocupada precisamente por la calidad de la mediación, enfatiza en su art. 4 la necesidad de que los Estados miembros promuevan la existencia de códigos de conducta y la adhesión de los mediadores a dichas normas deontológicas, así como otros mecanismos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación.

La inexistencia de dicho Estatuto, que regule de forma corporativa el ejercicio de la mediación como profesión jurídica libre, resulta asimismo de la inexistencia de un colegio profesional que agrupe a los mediadores de un país en una sola corporación responsable de la ordenación del ejercicio de la profesión, la representación exclusiva de la misma, el control deontológico y la aplicación de un régimen disciplinario en garantía de las partes y de los ciudadanos, que garantice la independencia y la vigencia de los valores básicos de la profesión, así como la exigencia de formación profesional permanente de los mediadores”⁵⁴⁵.

A continuación voy analizar los distintos componentes relacionados con el estatuto del mediador, en el orden que vienen regulados en el Título III de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, comenzando por las

⁵⁴⁴ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 225-226.

⁵⁴⁵ MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 229-230.

condiciones exigidas para el desempeño profesional de la labor de mediador, así como el importante papel que habrán de desempeñar las instituciones de mediación, seguiré por la calidad y autorregulación de la mediación, los principios generales que habrán de regir la actuación del mediador y por último la posible responsabilidad en la que puedan incurrir los mismos, así como las instituciones de mediación para las que presten sus servicios.

2.1 CONDICIONES PARA EJERCER DE MEDIADOR

2.1.1 La cualificación del mediador como criterio de calidad de la mediación

Tal y como señalan GARCÍA VILLALUENGA y BOLAÑOS CARTUJO, “la calidad del proceso de mediación y de la propia institución mediadora pasa porque los mediadores que la lleven a cabo estén cualificados para ello, reconociéndose la profesionalidad como principio fundamental en todos los instrumentos internacionales relativos a esta materia. Las autoridades públicas han de promover y fomentar la formación del mediador, cerciorándose de que existen garantías mínimas de competencia”⁵⁴⁶.

La mayoría de normas internacionales que hacen referencia a la mediación inciden en la necesidad de cualificación de los mediadores y en la calidad de la mediación, como uno de los puntos esenciales.

En la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, se señala en su Considerando (16) que “los Estados miembros deben promover, por los medios que consideren adecuados, la formación de mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de servicios de mediación” y en el art. 4 se establece, al referirse a la calidad de la mediación, que “1. Los Estados miembros fomentarán, de la forma que consideren conveniente, la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación. 2. Los Estados

⁵⁴⁶ GARCÍA VILLALUENGA, L. y BOLAÑOS CARTUJO, I., *La mediación familiar...*, op. cit., pág. 48.

miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes”.

Por tanto, según se establece en la citada Directiva, las autoridades públicas habrán de promover y fomentar tanto la formación inicial, como la formación continua de los mediadores, cerciorándose de que los mismos reúnen suficientes garantías de calidad y competencia.

2.1.2 Requisitos para ser mediador en el derecho comparado

Tal y como pone de manifiesto GARCIANDÍA GONZÁLEZ, “en el plano internacional, no existe un modelo unificado de formación que se le deba requerir a un mediador. Debido a la novedad de esta profesión y a la diversidad de prácticas dependientes de modelos culturales diversos, no existe un programa fijo y curricular. Ahora bien, sí existe consenso sobre la necesidad de completar un programa de entrenamiento y aprendizaje, basados en conocimientos interdisciplinarios aportados por la Sociología, el Derecho, la Psicología, la teoría de los sistemas y las técnicas de negociación”⁵⁴⁷.

La mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea se han ocupado de regular la formación inicial y continua de los mediadores y los criterios de cualificación del profesional de la mediación varían mucho de unos países a otros. Hay algunos países, como Reino Unido que no han entrado a regular requisito alguno para ejercer como mediador, habiendo de obtener los mismos su instrucción en el sector privado, cuya prestación no se encuentra regulada. También hay otros países en los que sólo se establecen condiciones para ejercer la mediación en servicios públicos pero no regulan el ejercicio privado o libre de la mediación (Finlandia, Luxemburgo, Malta, Holanda, Polonia, Eslovenia y Suiza).

Por poner algunos ejemplos⁵⁴⁸, el Código Judicial belga establece en el art. 1726.1 que el mediador deberá: 1) acreditar competencia inherente a la naturaleza de la

⁵⁴⁷ GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., *Materiales para la práctica de la mediación. Esquemas, cuestiones y formularios para el ejercicio de una profesión en alza*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 151.

⁵⁴⁸ Vid. MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, op. cit., págs. 232-233.

disputa a través de su actividad presente o pasada; 2) demostrar entrenamiento adecuado o experiencia en mediación; 3) presentar garantías de respeto a los principios de imparcialidad e independencia; 4) no tener una condena penal incompatible con el ejercicio de la función de mediador; y 5) no haber sido sujeto a sanción disciplinaria o administrativa incompatible con el ejercicio de la función de mediador o que su acreditación no haya sido retirada anteriormente. Además, los mediadores deben someterse a entrenamiento continuo establecido y aprobado por la Comisión General de Mediación belga (art. 1726.2). En Bélgica se ha apostado por la especialización de los mediadores y, en este sentido, se exigen 60 horas de formación general (teórica y práctica) en mediación y luego, al menos, 30 horas de formación específica para obtener una especialización en algún tipo de mediación. Se establecen programas de formación continua obligatorios para los mediadores.

Una estipulación similar se prescribe en la ley francesa al exigir en el art. 131-5 del Código Procesal Civil que el mediador: 1) no haya sido objeto de algunas de las condenas, incapacidades o inhabilitaciones mencionadas en la lista 2ª de antecedentes penales; 2) no haya sido autor de hechos contrarios al honor, a la moral y a las buenas costumbres, que hubieran dado lugar a una sanción disciplinaria o administrativa de destitución, expulsión, revocación o retirada de licencia o autorización; 3) estar en posesión, como consecuencia de su ejercicio actual o en el pasado de cierto tipo de actividades, de la cualificación requerida en función de la naturaleza de la controversia; 4) acreditar, según cada caso, un grado de formación o de experiencia adaptado a la práctica de la mediación; y 5) estar revestido de las garantías de independencia necesarias para el ejercicio de la mediación. En Francia se creó un diploma de mediador familiar mediante Decreto de 2 de diciembre de 2003 y Orden de 12 de febrero de 2004. En materia de mediación familiar, los textos prevén la formación a cargo de centros autorizados y un diploma expedido por el prefecto de la región al término de una formación o de pruebas de certificación de la experiencia. La formación corre a cargo de los centros autorizados por la Dirección regional de asuntos sanitarios y sociales, la DRASS. En estos centros, los alumnos siguen una formación de 560 horas

distribuidas en tres años con al menos 70 horas de prácticas. Al término de la formación, el candidato pasa unas pruebas⁵⁴⁹.

La Ley de Mediación austríaca (BGBl 1 2003/29) prescribe en su art. 9 que el mediador que el mediador: 1) deberá tener más de veintiocho años de edad; 2) estar cualificado profesionalmente; 3) ser una persona de confianza; y 4) haber suscrito un seguro de responsabilidad profesional. En el art. 10 se establece que una persona estará profesionalmente cualificada para el ejercicio de la mediación si tiene el entrenamiento adecuado, posee conocimientos y técnicas de mediación y está familiarizado con los principios legales y psicológicos fundamentales que son de aplicación en este método. En Austria se exigen cursos de 200 horas teóricas y luego módulos prácticos adicionales que pueden alcanzar las 300 horas en total. Los cursos y prácticas tienen reducción o convalidaciones para algunos profesionales respecto a la materia que les es propia: abogados, notarios, psicólogos, etc.⁵⁵⁰.

En Portugal, la *Portaria* núm. 282/2010, de 25 de mayo, que aprueba los reglamentos del procedimiento de selección de mediadores en los sistemas públicos de mediación, establece como requisitos generales para el mediador: 1) tener más de veinticinco años de edad; 2) estar en pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos (no tener ninguna incapacidad o inhabilitación); 3) tener grado universitario o experiencias profesionales adecuadas; 4) tener un curso de mediación especializado, reconocido por el Ministerio de Justicia; 5) ser idóneo para el ejercicio de la actividad de mediador; y 6) tener dominio del portugués⁵⁵¹. En Portugal se distingue entre la formación necesaria para ejercer la mediación pública o dentro de servicios públicos y el ejercicio privado de la mediación. Para poder ser mediador en un servicio público se cifra como mínima una formación

⁵⁴⁹ Vid. DUMOULIN, L., "La formation des mediateurs après l'adoption de la Directive 2008/52/CE (perspective française)", en HUALDE MANSO, T. (Dir.), *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, La Ley, Madrid, 2013, págs. 499-501.

⁵⁵⁰ Vid. CEBOLA MARQUÉS C., *La mediación*, op. cit., págs. 235-236.

⁵⁵¹ Vid. MARQUES CEBOLA, C. "Los sistemas de mediación pública en Portugal: una visión comparativa con las experiencias de mediación en España", en MARTÍN DIZ (Coord.), *La mediación en materia de familia...*, op. cit., pág. 373.

que puede ir desde las 90 a las 200 horas, dependiendo de la especialización. En todo caso, para la mediación privada sólo se requerirá 40 horas de formación.

En Alemania la cuestión se ha regulado recientemente, en el mismo mes y año que la Ley española, entró en vigor el 26 de julio de 2012⁵⁵². La Ley de Mediación alemana establece en su art. 5 que el mediador tiene la responsabilidad de asegurar su formación específica y adecuada, la cual deberá incluir conocimientos relativos a los principios de mediación, a las reglas legales de mediación, a las técnicas de comunicación y negociación y haber realizado ejercicios prácticos y simulaciones de mediación. Se introduce la figura del “mediador certificado”, que tiene que pasar, al menos, por 120 horas de formación intensiva. Antes de la aprobación de la citada Ley, no se venía exigiendo formación específica a los mediadores y la sensación generalizada entre los propios mediadores era que la falta de regulación había producido unos resultados desastrosos.

En Grecia, tal y como se estipula en el art. 4 de la Ley 3898/2010, el mediador deberá ser abogado y estar acreditado de conformidad con lo dispuesto en el art. 7 del mismo texto legal. Por tanto, sólo los abogados podrán actuar como mediadores en Grecia, quedando excluidos del ejercicio de la mediación en asuntos civiles y mercantiles otros grupos de profesionales, como por ejemplo psicólogos, trabajadores sociales, sociólogos, etc. Además los abogados tendrán que acreditar haber cumplido al menos dieciocho meses de práctica y encontrarse inscrito como en el respectivo Colegio profesional. Para poder conseguir la acreditación como mediador, se establece en la Ley 3898/2010 un sistema de tres fases: a) Fase de formación (art. 5), consistente en el aprendizaje de las técnicas de mediación; b) Fase de certificación (art. 6), para lo cual habrá de aprobarse un examen organizado por la comisión competente del Ministerio de Justicia establecida con ese objetivo; y c) Fase de acreditación (art. 7), que consiste en la convalidación estatal del acto de certificación del mediador. Para poder ser mediador en litigios

⁵⁵² *Gesetz zur Förderung der Mediation und der Verfahren Anderer außergerichtlichen Konfliktbeilegung* (publicada en el Boletín Oficial Federal, *Bundesgesetzblatt, BGBl. 2012, S.1577*).

transfronterizos no será necesario acreditar la condición de abogado, pudiendo ejercer como tal profesionales de otras disciplinas⁵⁵³.

En Italia, el D.LGS. 28/2010, de 4 de marzo se ha establecido un recorrido de formación obligatoria de duración no inferior a 50 horas, con cursos teóricos y prácticos, con un número máximo de treinta participantes por curso. Dichos cursos habrán de incluir sesiones de simulación con participación de todos los inscritos y una prueba final de duración mínima de cuatro horas, dividida en una parte teórica y otra práctica. Los cursos igualmente habrán de tener contenidos sobre normativa nacional, comunitaria e internacional en materia de mediación y conciliación, metodología de los procedimientos facilitadores y adjudicadores de negociación y mediación, así como técnicas de gestión de conflictos y comunicación. Igualmente, se prevé un recorrido de formación continua de 18 horas bienales, que habrá de estar integrada por cursos teóricos y prácticos avanzados.

2.1.3 Requisitos para ser mediador en España

En la vigente *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, se establece en el art. 11 que “pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión”.

Además, “el mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional” y “suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.”

El primer requisito al que hace alusión en el art. 11 hace referencia a la necesidad de que los mediadores “sean personas naturales”, es decir se niega expresamente la posibilidad de que sean personas jurídicas las que puedan llevar a cabo

⁵⁵³ Vid. ORFANO, M., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles en Grecia. Panorama actual y una perspectiva comparativa: comentario a la Ley 3898/2010”, *Riedpa.com, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, <http://www.riedpa.com>, Nº 1 – 2011, págs. 9-10.

directamente la mediación. Las personas jurídicas que pretendan dedicarse a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en la Ley, pero no podrán prestar directamente el servicio.

Las instituciones de mediación habrán de impulsar la mediación, facilitar el acceso a la misma y administrar el procedimiento, designando al mediador o mediadores –personas físicas, en todo caso– que habrán de hacerse cargo de la mediación, pero la propia institución no podrá prestar directamente el servicio y habrá de comprobar que las personas físicas por ella designadas cumplen con los requisitos que la propia Ley establece para poder ejercer como mediador.

El segundo de los requisitos que ha de cumplir el mediador es encontrarse en “pleno ejercicio de sus derechos civiles”, por lo que habrá de remitirse a las normas específicas referidas al respecto en el Código Civil, quedando en consecuencia excluidos tanto los menores de edad, aunque estén emancipados, como los incapacitados por resolución judicial, con independencia del grado de incapacidad declarado.

La tercera de las condiciones hace alusión a la no existencia o concurrencia de impedimento por razón de la “legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión”. Para BARONA VILAR, “aún cuando puede existir alguna condición absoluta para ser mediador, no existe una determinación por razón de la profesión que impida el ejercicio de la mediación con carácter absoluto. Esto es, a diferencia de lo que sucede con el arbitraje, en principio no existe un impedimento absoluto para que el juez pueda ser mediador, o para que un notario o un economista pueda ser mediador. Es decir, no hay una profesión que por las funciones que desempeñan puedan quedar excluidos del ejercicio de la función de mediación que es, a la postre, a lo que se refiere la incompatibilidad absoluta”⁵⁵⁴. En este sentido, entiendo que el estricto régimen de incompatibilidades que recoge el art. 389 LOPJ, para los jueces y magistrados, y el art. 57 EOMF para los fiscales, hace que sea práctica y materialmente imposible encajar la posibilidad de que

⁵⁵⁴ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 232-233.

dichos profesionales jurídicos puedan llevar a cabo funciones de mediación, de hecho salvo la docencia o investigación jurídica y la creación, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, derivadas de aquella, no pueden realizar actividad alguna, retribuida o no, que no sea la propia del ejercicio de sus respectivas profesiones.

Por su parte, en el art. 17 de la Ley de Arbitraje se recoge una imposibilidad de carácter relativo al establecerse que “el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas”, salvo que existiera acuerdo en contrario de las propias partes, en cuyo caso podrá salvarse tal impedimento, como sucede en el caso del medarb.

Otro de los requisitos hace referencia a la necesidad de que el mediador cuente con un seguro o garantía equivalente a fin de cubrir la eventual responsabilidad en que pudiere incurrir en ejercicio de su labor profesional, aspecto que comentaré con mayor detenimiento cuando me refiera precisamente a la responsabilidad de los mediadores y de las instituciones de mediación.

2.1.4 La formación del mediador como requisito fundamental

En nuestro país, el tema de la formación del mediador, de trascendental importancia para el buen fin de la mediación, ha pasado un tanto inadvertido para el legislador español que lo contempló por primera vez en el texto del *Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* y en la posterior *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* que deroga el anterior Decreto-ley, pero no lo había hecho así en los anteriores Anteproyecto y Proyecto de Ley de mediación, aunque sí estaba exhaustivamente regulado en todas las leyes autonómicas sobre mediación familiar, además de forma mucho más concreta y detallada que en la propia Ley estatal, lo que sin duda va a dar lugar a problemas de interpretación y aplicación de las distintas normas⁵⁵⁵.

⁵⁵⁵ Tal y como ponen de manifiesto DUPLÁ MARÍN y ENZLER FANDOS, “podemos afirmar que la regulación autonómica existente a día de hoy, al menos en lo relativo a la mediación familiar, es mucho más concreta y detallada en cuanto a los requisitos de formación del mediador y también que existe una evidente falta de coordinación entre ésta y la actual Ley estatal 5/2012. Todo lo

Tras la reciente aprobación del *Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, tampoco se ha solucionado definitivamente la cuestión, toda vez que se establecen una serie de requisitos mínimos de formación para ejercer de mediador que son inferiores a los exigidos en la mayoría de normas autonómicas, sin que se señale nada al respecto de cómo se van a coherar los requisitos exigidos en la normativa estatal y la autonómica. Simplemente, en la Disposición transitoria primera se señala que “hasta el 1 de junio de 2014 se podrá acreditar la formación del mediador mediante certificación de su inscripción en el registro de mediadores de una Comunidad Autónoma” y en los arts. 24 y 25 se establece que el futuro Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia habrá de coordinarse con los demás registros de mediadores que puedan existir en las Comunidades Autónomas a fin de asegurar la unidad de datos, la economía de actuaciones y la eficacia administrativa, e igualmente que el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios de colaboración para acordar la transmisión recíproca de información de mediadores y, en su caso, instituciones de mediación, así como fórmulas de simplificación de la inscripción y modificación de datos en los distintos registros a través de su interconexión.

A. Su regulación en el ámbito autonómico

Por lo que respecta a la legislación de las Comunidades autónomas en mediación, tal y como pone de manifiesto PILLADO GONZÁLEZ, “de acuerdo con lo establecido en las distintas leyes autonómicas, el mediador debe estar cualificado con formación específica teórica y práctica, que sea suficiente para realizar las actuaciones que requiere el proceso de mediación. No hay unanimidad a este respecto en las distintas comunidades autónomas, puesto que mientras unas exigen, para poder inscribirse en el Registro de mediadores familiares que habilita

cual puede conllevar en los próximos meses ciertos problemas de orden práctico que deberán ser abordados con el fin de alcanzar un mínimo de formación común de nuestros mediadores, sea cual fuere su ámbito de actuación, y reforzar de este modo los objetivos de calidad y garantías que dicha institución se merece”. DUPLÁ MARÍN, M.T. y ENZLER FANDOS, S., “La figura del mediador: herramienta para garantizar la calidad en la implementación de la normativa europea sobre mediación”, en HUALDE MANSO, T. (Dir.), *La mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 176.

para el ejercicio como mediador familiar, estar en posesión de un título universitario de grado superior o medio, junto con un complemento de formación teórico-práctico (art. 12 Ley madrileña, art. 3 Ley catalana); otras especifican que debe tratarse de un titulado en derecho, psicología, psicopedagogía, sociología, trabajo social, educación social, graduado social, además de acreditar una formación específica en postgrado en los distintos niveles de experto, especialista o máster (arts. 8 Ley castellanoleonesa, art. 7 Ley valenciana, art. 13 Ley andaluza).

En cualquier caso, debe tratarse de una persona experta en actuaciones psico-familiares con un nivel de formación suficiente que le permita emplear técnicas y estrategias que ayuden a un acercamiento entre las posiciones de las partes para que finalmente puedan poner fin al conflicto con la firma del correspondiente acuerdo”⁵⁵⁶.

Efectivamente, en todas las normas autonómicas sobre mediación familiar se ha mostrado un evidente interés por regular el tema de la formación mínima exigible a los mediadores que vayan a desarrollar su labor profesional en sus respectivos ámbitos *territoriales*.

En la totalidad de leyes autonómicas se exige estar en posesión de una titulación universitaria, si bien existen diferencias en torno a la naturaleza o clase de dicha titulación. Así, en algunas de las más recientes, -como el art. 7 de la Ley 1/2007 de la Comunidad de Madrid, el art. 3.1 de la Ley 15/2009 de Cataluña o el art. 8.1 de la Ley 9/2011 de Aragón- se limitan a exigir una titulación universitaria oficial, pero sin especificar una rama o disciplina concreta, aunque sí exigen acreditar formación y capacitación específica en mediación. La mayoría de las leyes exigen una titulación universitaria específica, existiendo al respecto una mayor coincidencia en los títulos de Derecho, Psicología, Pedagogía, Psicopedagogía, Trabajo Social o Educación Social. La Ley 1/2011 de Cantabria amplía dicho catálogo de titulaciones y añade una original lista incluyendo títulos como Filosofía y Letras, Medicina, Sociología, Ciencias de la Salud, Magisterio, Relaciones Laborales o Ciencias del Trabajo (art. 25.2).

⁵⁵⁶ GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de...*, op. cit., pág. 367.

Junto a la titulación exigida, también suele existir práctica unanimidad en la necesidad de que el mediador para poder ejercer se encuentre inscrito en el registro correspondiente, cuya gestión normalmente se hace depender de la conserjería o departamento correspondiente de la Comunidad Autónoma. En el caso de Cataluña, por ejemplo, existen varios registros diferentes y su gestión se hace depender conjuntamente del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña y los respectivos colegios profesionales. En la Ley 1/2011 de Cantabria se permite la actuación de los mediadores que se encuentren inscritos en el Registro de Personas Mediadoras de la Comunidad de Cantabria y también a los que se encuentren inscritos en otros registros autonómicos o estatales, siempre y cuando se trate de registros homologados por exigir similares requisitos de acceso a la profesión de mediador, correspondiendo dicha homologación a la Consejería competente en materia de Justicia.

Más importante que la titulación de origen exigida es la subordinación del ejercicio de la profesión de mediador a la necesidad de contar con una formación específica en mediación. En este sentido, existe coincidencia también en la mayoría de legislaciones autonómicas, si bien hay algunas que se limitan genéricamente a exigir dicha formación, dejando su desarrollo para el posterior reglamento –como es el caso de la Comunidad de Madrid–, y otras que ya han especificado el nivel académico que ha de reunir dicha formación especializada –por ejemplo, el art. 7 de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana hace referencia a formación universitaria específica de postgrado en los distintos niveles de experto, especialista o máster–, o incluso al contenido y duración específica de la misma– por ejemplo el art. 9.2 de la Ley del País Vasco dispone que la formación deberá incluir en todo caso un curso teórico-práctico en mediación de una duración mínima de 200 horas y el curso habrá de comprender aspectos relativos a derecho de familia, psicología de la familia, aspectos psicosociales de la familia, mediación en general y conflictos–.

Tal y como destaca ETXEBERRÍA GURIDI, “ya sea legal o reglamentariamente, el proceso formativo para la especialización varía de una Comunidad Autónoma a otra, pero ronda en torno a las 200 y 300 horas (la más extensa es la prevista en el Decreto 66/2008, de 30 de mayo, valenciano que prevé un mínimo de 300 horas

teóricas y 60 prácticas). El contenido de esta formación especializada también es objeto de concreción en algunos casos (el art. 9.2 de la Ley 1/2008 vasca; o el detalle con el que aborda el Reglamento balear de 30 de mayo de 2008 la cuestión al referirse a los aspectos jurídico-económicos, aspectos psicológicos y sociales y los aspectos teóricos y prácticos con el porcentaje correspondiente a cada uno de ellos en el proceso de formación). La responsabilidad en la impartición de los cursos de formación varía dependiendo del rango académico exigido. Lo habitual es que la misma recaiga sobre las universidades o los colegios profesionales. En algunos casos, *otras administraciones públicas* pueden impartir igualmente los cursos de formación necesarios aunque condicionando la posibilidad a la previa homologación de los mismos por una autoridad pública (Decreto 66/2008 balear que subordina todos los cursos a la homologación del Servicio de Mediación Familiar –art. 14–). Junto a la formación específica inicial exigida, determinadas Comunidades Autónomas demandan además una posterior formación continuada (art. 5.3 Reglamento andaluz)”⁵⁵⁷.

B. La regulación de la normativa estatal

En el primer Anteproyecto de Ley de Mediación que se realizó, únicamente se exigía al mediador tener una formación inicial que le permitiese desempeñar esa tarea y, sobre todo, ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir. En el art. 14 del referido Anteproyecto, al regular las condiciones para ejercer de mediador, únicamente se exigía estar en posesión de un título de grado universitario de carácter oficial o extranjero convalidado y encontrarse inscrito en un Registro de mediadores o alguna institución de mediación, pero no se hacía ningún tipo de referencia específica a la necesaria formación inicial en mediación.

Por su parte, el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 29 de abril de 2011, flexibilizaba aún más las condiciones para ejercer de mediador al ampliar el acceso a aquellas personas que tuviesen “un título oficial universitario

⁵⁵⁷ ETXEBARRÍA GURIDI, J.F. “Análisis de la normativa autonómica sobre mediación en asuntos de derecho privado y la incidencia en ella de la normativa estatal”, en ETXEBARRÍA GURIDI, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 236-237.

o de educación profesional superior” (art. 12), pero sin hacer referencia alguna igualmente a la formación inicial de los futuros mediadores.

En el Real Decreto-ley 5/2012, no se exigía ningún tipo de formación universitaria u otra para poder ejercer de mediador, pero, sin embargo, ya sí se pedía acreditar formación específica en mediación, la cual podría ser adquirida mediante la realización de uno o varios cursos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. Igualmente, se hacía mención a los contenidos que habían de tener dichos cursos (conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, a nivel tanto teórico como práctico), aunque no se especificaba su duración o el nivel de conocimientos exigible, ni cuáles habrían de ser las instituciones debidamente acreditadas y los requisitos que habían de cumplir.

A diferencia del Real Decreto-ley al que sucede, se establece ahora en el art. 11.2 que para poder ejercer de mediador se habrá de estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y además acreditar formación específica en mediación. A diferencia de algunos países y de la mayoría de leyes autonómicas sobre mediación familiar, como he comentado, no se limita el ejercicio de la mediación a determinados profesionales, sino que simplemente se exige estar en posesión de una titulación oficial universitaria o de formación profesional superior, y ello a pesar de las presiones recibidas desde diversos colectivos profesionales que pretendían atribuirse en exclusiva dicho ejercicio.

Además de esta formación de origen, se exige igualmente en el art. 11 de la Ley que el mediador cuente con “formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional”.

Esta cuestión es quizás la que más debate y polémica suscitó en su momento, ya que no se especificaba en qué había de consistir dicha formación, cómo tenían que

ser los cursos o cuáles son las instituciones debidamente acreditadas para impartir los mismos⁵⁵⁸.

En este sentido, el *Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, viene a regular estas cuestiones, si bien establece una serie de mínimos, no entrando a detallar con exhaustividad ninguno de los temas controvertidos. En el texto se sigue manteniendo la idea de una concepción abierta de la formación, de conformidad con “los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que rigen la actuación de los mediadores”.

En consecuencia, no se establecen requisitos estrictos o cerrados respecto a la configuración de la formación, por lo que simplemente se señalan una serie de requisitos mínimos, y se insiste en que dicha formación habrá de estar relacionada “con la titulación del mediador, su experiencia profesional y el ámbito en que preste sus servicios”, si bien no se establece posteriormente cómo se articula tal relación.

En este sentido, se señala en el Expositivo II del Preámbulo que “en cualquier caso, en virtud de los términos de la habilitación para su aprobación contenida en la Ley 5/2012, de 6 de julio, este Real Decreto se limita a regular los requisitos mínimos

⁵⁵⁸ Tal y como señalaba LUQUÍN BERGARECHE “como vemos, el legislador (que remite la regulación de detalle de todas estas cuestiones al ulterior desarrollo reglamentario) ha optado por poner el énfasis en la formación especializada en mediación, pues los programas de capacitación han de tener en cuenta todas las funciones que ha de desarrollar el mediador en el proceso y han de ofrecer los contenidos (teóricos y prácticos, entendemos) para garantizar su buen fin. Sin embargo, se echa de menos para garantizar esta profesionalidad la mención y la regulación rigurosa (que, entendemos, se deja al desarrollo reglamentario ulterior) de registros de profesionales adecuadamente controlados por administraciones públicas de forma independiente donde deban estar inscritos aquellos profesionales que vayan a ejercer como tales la mediación. Por otro lado, no se exige que la formación específica en mediación sea impartida por las Universidades, garantizándose así el nivel y seriedad que debería exigirse de los planes de estudios en mediación. Únicamente se habla de formación en *instituciones debidamente acreditadas* (dejándose al desarrollo reglamentario las condiciones de tal acreditación), y se contiene un mandato excesivamente genérico y amplio de control de la formación en el art. 12 que remite, en la línea de la Directiva de 2008, a Códigos de Conducta meramente voluntarios y no a reglas imperativas ni a mecanismo alguno de control o verificación (*El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán y requerirán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquellos y de las instituciones de mediación a tales códigos*)”. LUQUÍN BERGARECHE, R., “Los principios de la mediación”, en HUALDE MANSO, T. (Dir.), *La mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit. págs. 150-151.

de esa formación, pero sin establecer de manera cerrada la que haya de realizar cada mediador”.

La principal novedad hace referencia a la formación mínima exigible al mediador, que viene a duplicar el número de horas exigido en proyectos anteriores. Se establece en el art. 5 que “la duración mínima de la formación específica del mediador será de 100 horas de docencia efectiva”.

Resulta adecuado el incremento del número de horas de formación mínima exigible, es más acorde con la predicada calidad a la que se hace mención tanto en la Ley como en el propio Real Decreto, aunque la calidad no ha de medirse única y exclusivamente en el número de horas, sino básicamente en los contenidos y exigencia de los programas formativos.

Desaparece en el articulado del texto la referencia a que “la duración de la formación del mediador estará relacionada con su titulación y su experiencia profesional”, a la que, sin embargo, sí se hace referencia en el Preámbulo, por lo no se especifica cuál habrá de ser dicha relación, ni se concreta quién habrá de determinar la misma, si habrá de ser el Ministerio de Justicia a través del Registro de Mediadores, las instituciones que vayan a ofrecer la formación o las propias instituciones que vayan a prestar el servicio de mediación. Si finalmente se va a hacer depender la formación exigida al mediador de su formación de origen y de su experiencia, tal y como consta en el Preámbulo del Real Decreto, se habría de concretar con mayor rigor cómo van a influir exactamente dichos parámetros en la formación final.

A pesar del poder que las leyes atribuyen a los colegios, que justificaría la idea de que se trata de una especialidad de las diferentes profesiones, cada vez pugna con más fuerza la idea de una profesión unificada de mediador, con un cuerpo definido de conocimientos, habilidades y estándares propios, a pesar que emergiera y se haya desarrollado a partir de raíces multidisciplinarias”⁵⁵⁹.

⁵⁵⁹ GARCÍA VILLALUENGA, L. y BOLAÑOS CARTUJO, I., *La mediación familiar...*, op. cit., págs. 48-49.

Al igual que los citados autores, abogo por una diferenciación de la profesión del mediador de la formación de origen de los mismos, la cual, si bien puede tener cierta incidencia en aquella, no es ni mucho determinante para definir la misma.

Se señala, igualmente, en el art. 5 que será válida también la formación recibida ante instituciones extranjeras, siempre que la duración mínima sea de 100 horas y que dichas instituciones estén debidamente acreditadas en sus países de origen. Como novedad, se hace referencia a que dicha formación será computable a efectos de completar la duración de la formación mínima exigida.

En cuanto al contenido de la formación del mediador, se señala en el art. 4 que “la formación específica de la mediación deberá proporcionar a los mediadores conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de la mediación, comprendiendo como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos”. En este punto, entiendo que el enunciado es demasiado genérico o abierto, no se especifica el peso o la importancia que han de tener cada una de las materias relacionadas, además de no hacerse referencia, por ejemplo, a los distintos ámbitos en los que ha de desarrollarse la mediación en virtud de lo dispuesto en la propia Ley. Habría sido conveniente desarrollar más específicamente el contenido programático de dichos ámbitos formativos, a fin de, en la medida de lo posible, dotar de un mínimo de exigencia o uniformidad a los distintos programas de formación.

Respecto de la formación práctica, se incrementa también el porcentaje mínimo exigido en anteriores proyectos que pasa de un 30% a un 35%. Como novedad, asimismo, se establece en el art 4.2 que “las prácticas incluirán ejercicios y simulación de casos y, de manera preferente, la participación asistida en mediaciones reales”. Obviamente, esta formación práctica es la ideal, entiendo que la práctica es esencial en la formación del mediador y la misma ha de incluir necesariamente ejercicios, dinámicas y simulación de casos, pero no sé si el legislador es consciente de la inviabilidad de exigir hoy por hoy, como parte de la formación práctica y además con carácter preferente, la participación asistida en mediaciones reales, dado que el número de mediaciones en la actualidad es

manifiestamente insuficiente para cubrir la demanda de formación que se está llevando a cabo y sólo algunas instituciones de formación cumplen con dicho requisito.

Otra importante novedad es que desaparece cualquier referencia a la formación realizada a distancia, es decir de carácter no presencial o semipresencial, contemplada expresamente en anteriores proyectos. Se señala en el art. 5 que “la duración mínima de la formación específica del mediador será de 100 horas de docencia efectiva” y en el art. 3, simplemente se estipula que “el mediador deberá contar con formación específica para ejercer la actividad de mediación” y que “la formación del mediador se podrá adquirir en uno o varios cursos y deberá permitirle el dominio de las técnicas de la mediación y el desarrollo del procedimiento de acuerdo con los principios y garantías que establece la ley, en especial respecto a las materias que no puedan someterse a mediación, el respeto a los derechos y legítimas expectativas de terceros, así como la responsabilidad del mediador”. Sin embargo, no se especifica en el Real Decreto qué ha de entenderse por docencia efectiva, o cuál es el valor de los cursos online o semipresenciales, así como si van a tener validez los ya realizados y cómo se computa o valida la formación práctica ofrecida por dichos cursos. Éstas son sólo algunas de las cuestiones que pueden plantearse y que entiendo van a suscitar bastantes problemas en la práctica, ya que son muchos hasta la fecha los cursos realizados que introducen una parte semipresencial en la formación y otros los que se han realizado íntegramente online.

En cuanto a la formación continua que se va a exigir a los mediadores, finalmente el legislador se ha limitado a exigir 20 horas cada cinco años, en una o varias actividades, pero sin especificar los contenidos de la misma, aunque se señala que habrán de ser de carácter eminentemente práctico. Se establece también que los cursos de especialización en algún ámbito de la mediación serán computables a efectos de formación continua. Entiendo que dicha formación es manifiestamente insuficiente y que se deberían haber concretado con mayor detalle las actividades que podrán ser consideradas como formación continua.

Por lo que respecta a los centros de formación que podrán llevar a cabo la formación específica en mediación, se establece en el art. 7 que habrán de contar

“con la debida autorización por la Administración pública con competencia en la materia”, pero se sigue sin especificar qué Administración será la designada al efecto. Entiendo que la Administración con competencia habrá de ser el Ministerio de Justicia.

Como novedad, y con el fin de velar por la calidad de la formación ofrecida desde dichos centros, se señala que “los centros que impartan formación específica para el ejercicio de la mediación habrán de contar con un profesorado que tenga la necesaria especialización en esta materia” y “reúna, al menos, los requisitos de titulación oficial universitaria o de formación profesional de grado superior. Asimismo, quienes impartan la formación de carácter práctico habrán de reunir las condiciones previstas en este Real decreto para la inscripción en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación”. Parece lógico exigir a los profesionales que vayan a instruir a los mediadores, como mínimo, los mismos requisitos que a las personas a las que van a formar.

A este respecto, señala BARONA VILAR que “se trata de obtener títulos que profesionalicen en mediación, lo que obliga a que se trate de centros con prestigio, que hayan demostrado a lo largo de su trayectoria que son perfectamente permeables a la formación de mediadores. Obviamente tanto las Universidades como los Colegios profesionales entrarían dentro de esta categoría, y mucho más aún si existiera una simbiosis entre los colectivos y las Universidades, para obtener un reconocimiento que se hallare avalado por quien o quienes ejercen con continuidad la función de formación y de capacitación profesional. Ello no es óbice a la posible existencia de centros privados de prestigio que puedan igualmente ofrecer estas posibilidades formativas y que su título pueda ser reconocido como tal por quienes deberán avalar en el futuro éstos, ora de forma directa ora indirecta a través en este último caso de la inclusión en los Registros de Mediadores. Especialmente destacables a este respecto –y, por tanto, entendemos pueden ser centros de formación– aquellas instituciones vinculadas precisamente en su quehacer cotidiano a actividades de negociación, de intermediación, como las Cámaras de Comercio, en las que la función mediadora se halla implícitamente vinculada a la esencia misma de las funciones de la institución, y que además, en la

actualidad, se encuentra incorporada legalmente entre las funciones propias de esta institución cameral”⁵⁶⁰.

Los centros podrán organizar también actividades de formación continua que habrán de ser especialmente de carácter práctico, dirigidas a mediadores que ya contarán con formación inicial, pero tampoco se concreta nada más al respecto ni se señala que ha de entenderse por “carácter práctico”, por lo que dicha ambigüedad puede dar pie a múltiples interpretaciones.

Se establece la obligación de los centros de remitir al Ministerio de Justicia, a través de su sede electrónica, “sus programas de formación en mediación, indicando sus contenidos, metodología y evaluación de la formación que vayan a realizar, así como el perfil de los profesionales a los que vaya dirigida, acompañando el modelo de certificado de la formación que entreguen a sus alumnos”, de lo que cabe deducir, pese a que no se señale expresamente, que la Administración pública con competencia en la materia para autorizar los centros de formación será el Ministerio de Justicia, como señalé anteriormente.

Se establece igualmente que “en el certificado expedido por los centros de formación se hará constar, al menos, la titulación del alumno, las características de la formación recibida y la superación del curso”. Tal vez habría resultado más adecuado que figurase directamente el programa formativo íntegro en el reverso del título, ya que la referencia en abstracto a las características de la formación recibida, no se entiende muy bien si hace alusión a si dicha formación ha sido de carácter presencial o no, o si ha sido teórica o ha incluido prácticas, o a cualquier otra nota definitoria de la misma.

Considero que para que la mediación pueda tener futuro es imprescindible abogar por la calidad de la misma y ello pasa ineludiblemente por la profesionalidad en su desempeño. Si no se exige una formación seria y rigurosa y un efectivo control de la calidad y profesionalidad de los mediadores y de las instituciones que hayan de formar a los mismos, la mediación está claramente abocada al fracaso⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 242-243.

⁵⁶¹ Para MARTÍN DIZ, “la mediación ha de garantizar al ciudadano una aplicación de la misma sobre una serie de garantías mínimas de calidad y sobre la existencia de unos mecanismos de control y

2.2 MEDIADOR E INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN

Como acertadamente sostiene FERNÁNDEZ MANZANO, “siendo el mediador pieza esencial del modelo y las instituciones de mediación un elemento asimismo muy relevante en su desarrollo, en la medida que son instrumentos de selección, contratación y encauzamiento de la actuación de aquél, existe una clara co-dependencia que no puede olvidarse de cara a articular la relación entre ambos como auténticos colaboradores en una actividad que constituye a la vez un privilegio y un reto permanente, que les trasciende por la misión que entraña”⁵⁶².

2.2.1 El papel de las instituciones de mediación en la consolidación de la mediación civil y mercantil

Efectivamente, las instituciones de mediación van a desempeñar un papel fundamental en la implementación y desarrollo de la mediación civil y mercantil.

Tal y como se establece en el art. 5 de la Ley 5/2012, “tienen la consideración de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación”.

Por tanto, la Ley les atribuye la trascendental labor y la responsabilidad de impulsar la mediación, habiendo para ello de facilitar el acceso a la misma, dotándose en consecuencia de las infraestructuras necesarias a fin de proporcionar los medios materiales y humanos que sean necesarios a tal fin.

auditoría. Ambas circunstancias, calidad y control, auguran también el éxito de esta posibilidad de resolución alternativa y extrajudicial de conflictos”. “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DÍZ, F. *La mediación en materia de...*, op. cit., pág. 63.

⁵⁶² FERNÁNDEZ MANZANO, M.L., “La calidad de los servicios de mediación: el compromiso ético de las entidades que los gestionan, la supervisión de la labor mediadora y la formación profesional de los mediadores, instrumentos clave para alcanzarla”, comunicación presentada en el marco del III Simposio Tribunales y Mediación en España, celebrado en Madrid los días 26 y 27 de septiembre de 2013, <http://www.mediacionesjusticia.es>.

Otra de las importantes tareas que atribuye el legislador a las instituciones de mediación es la de llevar a cabo, cuando sean requeridas para ello, la designación de los mediadores que habrán de llevar a cabo el procedimiento de mediación.

A tal efecto, habrán de disponer de un listado o de un registro de mediadores y seleccionar para cada asunto al que consideren más capacitado y adecuado para llevar a cabo la mediación solicitada, tanto en función de la formación de origen del mediador, como de su especialidad en un ámbito determinado de la mediación, experiencia o cualquier otro criterio que consideren indicado para proceder a tal designación.

Éste no es un tema baladí para la propia institución, habiendo de tener muy en cuenta el establecimiento de buenos criterios de selección, toda vez que la propia institución va a responder también de la actuación profesional de los mediadores por ella designados.

Los criterios de selección y los requisitos que vaya a exigir la institución de mediación a sus mediadores los habrá de establecer la propia institución, lógicamente nunca estarán por debajo de los que la Ley exige, pero nada les impide ser más exigentes a la hora de requerir una determinada formación o experiencia profesional y esto, en definitiva, es lo que va a diferenciar la calidad de las instituciones de mediación.

2.2.2 Instituciones de mediación y mediadores: una relación de co-dependencia

Señala QUINTANA GARCÍA que “para las instituciones es de capital importancia fomentar aquellas notas que las puedan diferenciar y consecuentemente hacer competitivas.

Por ello, deben garantizar que sus mediadores están de verdad capacitados para mediar en las áreas o campos que publiciten, lo que no solo se circunscribe a tener conocimientos de mediación civil o mercantil, por ejemplo, sino que acrediten haber sido instruidos en técnicas, herramientas, modelos y normas deontológicas, así como haber realizado un porcentaje mínimo de prácticas o entrenamientos.

No debe pasarse por alto que, al final, una institución será lo que sean los mediadores adscritos a ella, por lo que deberán estar atentas a cómo desarrollan su trabajo y, como en lo que podría denominarse *esfera técnica* caben diversas formas de llevar a cabo una mediación, dependiendo del caso, modelo utilizado, etc., incumbe a los centros de mediación fomentar las buenas prácticas, elaborando códigos éticos propios o aplicando alguno de los ya existentes. Asimismo, conviene referirse a los mismos en sus estatutos o normas de régimen interno”⁵⁶³.

Se hace alusión en la Ley igualmente a que la institución de mediación habrá de garantizar la transparencia en la designación de los mediadores. Para ello, la institución de mediación habrá de tener a disposición de los usuarios y del público en general su propio listado de mediadores, en el que habrá de constar la formación de origen de los mismos, su formación específica en mediación, especialidad, experiencia, así como cualquier otro dato relevante.

También es importante, a los citados efectos, que se conozca cuál es el sistema de designación de los mediadores de la propia institución (la forma en que se hace, los criterios que se siguen, el órgano responsable de la designación o las condiciones de aceptación del encargo por parte del mediador, etc.).

Todo ello, por supuesto, no obsta al absoluto respeto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes que podrán acudir a la institución de mediación y designar libremente al mediador que decidan por entender que es el más adecuado para llevar a cabo “su” procedimiento de mediación.

Tal y como se establece en el último apartado del art. 5 de la Ley, “el Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes velarán por que las instituciones de mediación respeten, en el desarrollo de sus actividades, los principios de la mediación establecidos en esta Ley, así como por la buena actuación de los mediadores, en la forma que establezcan sus normas reguladoras”. Las instituciones de mediación habrán de velar, pues, por la buena actuación de sus mediadores y, en este sentido, se hace alusión a la “necesidad” de que dispongan de sus propias normas de funcionamiento y de un código que vele por el

⁵⁶³ QUINTANA GARCÍA, A., “El papel de las instituciones de mediación”, Lawyerpress, 27 de abril de 2013, http://www.lawyerpress.com/news/2013_04/2704_13008.html.

establecimiento y observancia de los valores de la mediación en su organización interna.

En las Conclusiones del Grupo de Trabajo PNPM sobre Calidad y Código de Buenas Prácticas de la Mediación, se realizan una serie de recomendaciones dirigidas a las instituciones de mediación ⁵⁶⁴.

Así, se recomienda a las mismas:

- Destinar recursos a responder de manera rápida y a mantener el apoyo al proceso de mediación, incluso mediante el despliegue de personal de manera continua a medio y largo plazo.
- Seleccionar a un mediador competente con la experiencia, las aptitudes, los conocimientos y la sensibilidad cultural necesarios para gestionar y trabajar adecuadamente el conflicto. El mediador debe considerarse objetivo, imparcial, ser una persona íntegra y aceptable para las partes. En este sentido, es oportuno que las instituciones de mediación establezcan un sistema de acreditación propia para salvaguardar la garantía de calidad de sus mediadores.
- Apoyar al mediador con un equipo de refuerzo integrado por especialistas, en particular expertos en el diseño de procesos de mediación y asesores jurídicos, así con apoyo logístico, administrativo y de seguridad.
- Realizar evaluaciones internas con periodicidad con el fin de introducir, si fuera necesario, ajustes en la gestión del centro y en las estrategias de mediación.
- Proporcionar o promover la preparación, orientación y capacitación adecuadas a los mediadores y sus equipos. Un mediador debe asistir a

⁵⁶⁴ Los Grupos de Trabajo PNPM (Puntos Neutros para la Promoción de la Mediación) fueron creados por GEMME (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación) para la elaboración de una serie de conclusiones sobre diversos temas relacionados con la mediación, conclusiones que fueron presentadas en el III Simposio sobre Tribunales y Mediación en España, celebrado en Madrid los días 26 y 27 de septiembre de 2013. Documento disponible en: <http://www.mediacionesjusticia.com>

programas y actividades para mejorar los conocimientos y habilidades relacionadas con la mediación.

- Considerar la dimensión de género y diversidad en sus equipos y en los servicios que ofrece.
- El mediador deberá estar preparado suficientemente para atender situaciones donde puedan existir desequilibrios de poder (menores, discapacitados, mayores dependientes, etc.).
- La institución debe garantizar espacios adecuados, la igualdad de oportunidades y no discriminación de ningún tipo, así como la accesibilidad y el asesoramiento adecuado en todo momento.

Tal y como se establecía en la Disposición final octava de la Ley 5/2012, “el Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, podrá prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de publicidad. Estos instrumentos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas, y en el que en atención al cumplimiento de los requisitos previstos en esta Ley se podrá dar de baja a un mediador”.

En cumplimiento de dicha previsión, se aprobó el comentado *Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, que con la finalidad de facilitar la publicidad y transparencia, prevé la creación de un Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación que tendrá carácter público e informativo y se constituirá como una base de datos informatizada accesible a través de la página web del Ministerio de Justicia.

La inscripción en el Registro, como comenté anteriormente, sólo será obligatoria para los mediadores concursales, pero tendrá carácter voluntario, tanto para los mediadores, como para las instituciones de mediación y permitirá acreditar la condición de mediador a los efectos previstos en la Ley de Mediación, previa

comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la misma por parte de los responsables de la gestión de dicho Registro.

El Registro finalmente tendrá tres secciones, una para los mediadores, otra para los mediadores concursales y otra para las instituciones de mediación.

Por lo que respecta a las instituciones de mediación, podrán solicitar su inscripción en el Registro, con independencia de su carácter público o privado, español o extranjero, pudiendo hacerlo también las de carácter internacional.

Las instituciones habrán de aportar al Registro para su inscripción, su denominación, domicilio, fines y actividades estatutarias, ámbito territorial de actuación, la disponibilidad de medios electrónicos para el ejercicio de la mediación, así como la póliza del contrato de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. Si disponen de página web, habrán de indicar igualmente si en dicha página se pueden consultar sus estatutos o reglamentos en materia de mediación, códigos de buenas prácticas si los tuvieren, el listado de mediadores que puede actuar en su ámbito, así como cualquier otra información que consideren de relevancia a los fines de la mediación.

Habrán de notificar no sólo el listado de mediadores que actúen en su ámbito, sino también los criterios de selección de los mismos, los cuales han de garantizar en todo caso la transparencia en la designación.

Las instituciones de mediación habrán de facilitar también al Registro los sistemas de garantía de calidad internos y externos, tales como mecanismos de reclamaciones, de evaluación del servicio, de evaluación de los mediadores y procedimientos sancionadores o disciplinarios.

Asimismo, se establece la obligación de presentar ante el Registro una memoria anual de las actividades realizadas en la que se ha indicar el número de solicitudes recibidas y tipo de reclamación con la que estén relacionadas; en su caso, los procedimientos de mediación por medios electrónicos tramitados; el porcentaje de procedimientos interrumpidos antes de llegar a un acuerdo; la duración media de los procedimientos; el número de acuerdos alcanzados; el grado de satisfacción de las partes con el procedimiento y, en su caso, con el acuerdo alcanzado; y los casos

de cooperación con otras entidades de resolución alternativa de conflictos que faciliten la tramitación de conflictos transfronterizos. Dichos informes anuales de actividad habrán de ser publicados igualmente en la web de la propia institución.

Si las instituciones de mediación son extranjeras o de carácter internacional habrán de indicar si se encuentran inscritas en el Registro de otros países, pero desaparece la obligación, prevista en anteriores proyectos legislativos, de señalar también la ley aplicable a las mediaciones que se desarrollen en España.

Al igual que los mediadores individuales, las instituciones tendrán la obligación de comunicar al Registro cualquier modificación de sus datos, así como el cese en sus actividades a fin de poder proceder a su baja registral. Se considerarán causas de baja en el Registro la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato, documento o manifestación realizados o presentados en la solicitud.

Podrán también ser requeridas por el encargado del Registro a fin de verificar los datos remitidos al mismo, habiendo en tal caso de remitir al mismo la documentación original que les sea solicitada. En caso de error u omisión de alguno de los datos requeridos se le conferirá igualmente un plazo de diez días para su subsanación, archivándose la solicitud en caso de no proceder a la misma. Contra la denegación de la inscripción cabrá recurso de alzada.

Se establece igualmente que las instituciones habrán de ejercer también una labor de control y deberán comunicar las sanciones disciplinarias que hubieran podido imponer a los mediadores que actúen en su ámbito.

Según se señala en la Ley 5/2012, las instituciones de mediación “podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias”, con lo que el legislador, más que invitar, parece instar a las mismas a que lo lleven a cabo.

Tal y como señala BARONA VILAR, “este compromiso institucional no es un brindis al sol, ni una promesa de futuro, sino que, para , para funcionar adecuadamente y hallarse plenamente vinculado al sistema de mediación con plenitud, se exige el esfuerzo de la incorporación electrónica de los instrumentos adecuados para

poder desempeñar la función *on line*. Este precepto debe vincularse, en todo caso, con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 5/2012 y con la disposición final séptima. No se trata de afirmar que esta modalidad electrónica de mediación deba efectuarse necesariamente a través de centros de mediación, empero sí la recomendación de que la institución cuente con esa plataforma *on line* que permita el desarrollo por estos medios electrónicos del procedimiento –todo o en parte– de mediación”⁵⁶⁵.

2.3 CALIDAD Y AUTORREGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN

En el art. 12 de la Ley 5/2012, y bajo la rúbrica “*Calidad y autorregulación de la mediación*”, se establece que “El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán y requerirán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos”.

Sin duda, la existencia de códigos éticos y de códigos de conducta profesional va a delimitar los principios de actuación de la institución y, en muchos casos, va a ser un claro indicador de la calidad de la misma⁵⁶⁶.

Del citado precepto parece intuirse la preocupación por el legislador por la implementación de una mediación de calidad, sin embargo del desarrollo efectuado en esta materia por el Real Decreto 980/2013 no parece desprenderse que efectivamente se hayan contemplado elementos suficientes que garanticen dicha predicada calidad.

⁵⁶⁵ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 302.

⁵⁶⁶ FERNÁNDEZ MANZANO distingue entre códigos éticos y códigos de conducta profesional. “Un código ético establece los valores que sustentan el mismo y describe las obligaciones de una empresa respecto a aquellos, principalmente terceros, que tengan un interés o relación con ella. El código ético se pone a disposición del público para ser conocido por cualquier persona interesada en las actividades de la organización y la forma en que opera como tal. En él se incluyen los detalles de cómo la empresa pretende llevar a la práctica sus valores y visión, así como orientaciones a su propio personal sobre estándares éticos y la forma de alcanzarlos. Un código de conducta profesional es adoptado por una profesión o por una organización gubernamental o no gubernamental para regular la profesión. Puede presentar la forma de un código de ética profesional y proporcionará una descripción de qué conducta se considera *ética* o *correcta* en las circunstancias de que se trate”. FERNÁNDEZ MANZANO, M.L., “La calidad de los servicios de mediación...”, op. cit., pág. 2.

2.3.1 Criterios de calidad de la mediación

Como ya he comentado, la calidad del proceso y de la propia institución de la mediación pasa ineludiblemente por la profesionalidad y cualificación de los mediadores que han de llevarla a cabo. Entiendo que la profesionalidad ha de configurarse como un principio esencial de la mediación, si lo que se pretende es que la misma llegue a consolidarse como un mecanismo autónomo de gestión y solución de conflictos y pueda llevar a cabo adecuadamente los fines que le son propios.

Introducir la mediación de una forma no adecuada puede producir un resultado análogo al obtenido con la conciliación en su día, que no llegó a calar y a asentarse en ningún momento, pese a ser configurada como requisito obligatorio previo en el orden civil hasta el año 1984.

Desde mi punto de vista, entiendo que, en un primer momento –como en el que nos encontramos actualmente– sería conveniente una mayor intervención de las Administraciones Públicas a la hora de implementar adecuadamente la mediación, cediendo posteriormente el protagonismo en las propias instituciones de mediación y en los mediadores, pero se ha optado por el camino inverso. No es conveniente delegar toda la responsabilidad en la autorregulación de las entidades de mediación, máxime cuando la actividad de las Administraciones en la regulación de la calidad de la mediación está siendo prácticamente inexistente.

Es interesante la insistencia del legislador en la importancia de los códigos de conducta, son necesarios o incluso imprescindibles para garantizar la calidad de cualquier institución de mediación que se precie. Sin embargo, se echa de menos una mayor implicación institucional. En la Ley 5/2012 se confiere una posición destacada a los códigos de conducta, incluyendo su mención en el art. 12, y se les atribuye ese plus o garantía de calidad en la mediación. Efectivamente los códigos de conducta pueden ejercer una función de control de calidad de la institución de mediación que preste el servicio, pero los códigos de conducta o los códigos de buenas prácticas no dejan de ser declaraciones de buenas intenciones, por lo que se hace preciso añadir o implementar otras medidas o mecanismos eficaces de control que garanticen la calidad de los servicios relativos a la mediación.

A este respecto, es conveniente que las propias instituciones de mediación creen sus propios mecanismos de selección de mediadores, donde además de exigirles una determinada formación, tanto teórica como práctica, se les someta a una serie de pruebas que efectivamente acrediten que están capacitados para poder llevar a cabo un procedimiento de mediación con las debidas garantías de profesionalidad.

MARTÍN DIZ señala una serie de variables para poder determinar y evaluar la calidad de la mediación:

- “a) Nivel de formación inicial y continua, y experiencia de los profesionales mediadores.
- b) Nivel de satisfacción/insatisfacción (mediante encuestas, cuestionarios, etc.) de los mediados que hayan sometido su conflicto a una mediación.
- c) Existencia y cumplimiento de códigos de conducta y buenas prácticas por parte de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación.
- d) Registro profesional del mediador, ya sea en su ejercicio a título individual y singular o compatible con otra profesión colegiada (abogacía, psicólogo, etc.). La creación de estos registros de mediadores profesionales confirma al ciudadano que la mediación se realizará por personas que cumplen una serie de requisitos legales (en cuanto a formación y capacidad), asegurando con ello un nivel determinado de calidad.
- e) Mecanismos de control (fundamentalmente formal) del servicio prestado, a través del seguimiento, evaluación e inspección por parte de las entidades y organismos públicos designados al efecto y en el ejercicio de sus competencias o bien, incluso mediante la intervención de analistas u observadores externos (Observatorio de la Mediación, integrado en el CGPJ).
- f) Elaboración y distribución pública de una *Carta de Servicios* sobre la mediación y los diferentes sistemas de mediación a disposición del ciudadano. En ella se da a conocer la institución, su funcionamiento y los derechos de los ciudadanos que accedan a la mediación. Del mismo modo pueden incluir los indicadores de calidad del servicio prestado, los

compromisos de calidad que se adquieren en la prestación de la mediación, etc.

- g) Existencia de un sistema de reclamaciones o quejas por prestación inadecuada del servicio, insatisfacción o incumplimiento de cualesquiera de los derechos que le asistan a las partes.
- h) Régimen disciplinario y sancionador para aquellos mediadores que no desempeñen correctamente sus funciones”⁵⁶⁷.

2.3.2 Supervisión de la labor de los mediadores

Especialmente importante me parece el seguimiento y supervisión de la labor de los mediadores. Tal y como se destaca en las citadas Conclusiones del Grupo de Trabajo PNPM sobre Calidad y Código de Buenas Prácticas de la Mediación de GEMME, “la supervisión es una labor orientada a analizar la práctica profesional de los mediadores que ha de ser llevada a cabo por una persona debidamente capacitada para tal fin y que permite mejorar prácticas profesionales y aprender de la propia experiencia incorporando los cambios necesarios en las sucesivas prácticas”. Una buena supervisión va a permitir identificar los conflictos individuales y las dificultades que el mediador afronta en el marco de sus mediaciones, así como desarrollar estrategias de superación de dichas dificultades, mejorando las fortalezas del propio mediador.

Según FERNÁNDEZ MANZANO, “todos los mediadores necesitan oportunidades para hablar, analizar, comentar y consultar cuestiones relativas al desenvolvimiento de su actividad mediadora, que puede llegar a ser estresante y difícil. Dentro del ámbito profesional de la mediación, la relación de apoyo entre el mediador y el supervisor ha de reflejar el propio proceso de mediación, con un énfasis en el reconocimiento de los sentimientos que una reunión difícil puede haber generado. La supervisión en la mediación se presenta, en este sentido, como una forma de empoderamiento y reconocimiento de los mediadores que son valorados como profesionales autónomos, capaces de tomar decisiones informadas

⁵⁶⁷ MARTÍN DIZ, F., *La mediación como sistema complementario...*, op. cit., págs. 139-142.

sobre su práctica y asumir la responsabilidad que supone su personal abordaje del proceso de mediación”⁵⁶⁸.

La supervisión de la labor del mediador es importante para el mediador, pues sin duda le va a ayudar a crecer y a mejorar como mediador, pero también supone un importante instrumento de control de la calidad y profesionalidad del procedimiento de mediación, lo que ha de tenerse muy en cuenta⁵⁶⁹.

Tal y como destaca MARQUES CEBOLA, “cualquier profesión, para afirmarse en el ámbito de una sociedad, necesita estar organizada en una estructura profesional que aglutine a sus miembros defendiendo sus derechos, que dicte sus reglas deontológicas y controle su cumplimiento, que reglamente las reglas de acceso a la profesión, entre otras cuestiones esenciales a su estatuto jurídico”⁵⁷⁰.

Señala igualmente la citada autora que del análisis del panorama europeo sobre esta cuestión resultan tres modelos diferentes.

Un primer modelo de organización y control directo de la actividad de los mediadores por parte del Ministerio de Justicia, –modelo acogido por Hungría–, que podrá, además de organizar y gestionar el Registro de Mediadores, controlar la actividad de los mismos a través de procesos de inspección e investigación conducidos por sus propios funcionarios.

Es un modelo excesivamente intervencionista que parece “transformar a los mediadores en funcionarios del Estado al que deben obediencia, lo que afecta gravemente a su independencia”.

Un segundo modelo de organización y control institucional por parte de un Consejo General responsable de gestionar a los mediadores, que es la opción elegida por países como Bélgica y Austria.

⁵⁶⁸ Vid. FERNÁNDEZ MANZANO, M.L., “La calidad de los servicios de mediación...”, op. cit., pág. 5.

⁵⁶⁹ En este sentido, señala VIDAL TEIXIDÓ que “no sería negativo para la práctica de la mediación ni rompería el principio de confidencialidad, el hecho de que el mediador, en según qué tipos de intervenciones, pudiera tener presentes las valoraciones y las supervisiones de otros mediadores externos al caso, ya que eso puede suponer un incremento en la calidad del servicio y una gestión más fiable”. VIDAL TEIXIDÓ, A., “Los Códigos de buenas prácticas”, en LAUROBA, E., BARRAL, I., VIOLA, I., *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit., pág. 150.

⁵⁷⁰ MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, op. cit., pág. 252.

Se trata de un Consejo Consultivo para la Mediación que asiste al Ministerio de Justicia y está constituido por representantes de organizaciones profesionales de psicólogos, juristas, miembros de las Cámaras de Comercio, mediadores, investigadores en mediación, etc.

Sus funciones son elaborar informes sobre todo lo que tenga que ver con la mediación y asistir al Ministerio de Justicia en la reglamentación legal que afecte a la misma, organizando y gestionando, igualmente el Registro de Mediadores y de entidades que promuevan curso de formación.

Considero que se trata de un modelo bastante aceptable, donde se puede dar cabida a todas las profesiones e instituciones que de una forma u otra van a tener incidencia en la implementación de la mediación y, sobre todo y fundamentalmente, a los propios mediadores, lo que, sin duda, puede ayudar a mejorar la calidad de la mediación.

El tercero de los modelos sería un modelo mixto, donde se separan las funciones entre el Ministerio de Justicia y las entidades de mediación, delegándose en éstas últimas la responsabilidad de la formación de los mediadores y asumiendo el Ministerio la organización del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, sistema por el que parece haber apostado nuestro legislador.

Considero que sería conveniente la creación de un Comité de expertos que preste apoyo al Ministerio de Justicia para la concreción de los mecanismos de control de calidad sobre los programas académicos de los centros de formación, así como sobre la efectiva capacitación profesional de los mediadores e instituciones de mediación.

La profesionalidad de la mediación y, por ende, la calidad de la misma, tal y como antes puse de manifiesto, es el elemento esencial sobre el que ha de girar la integración de la mediación en nuestro sistema de Justicia. Si la implementación de la mediación no se lleva a cabo adecuadamente y bajo unos estrictos parámetros de calidad que garanticen el buen fin de la misma, no tendrán ningún sentido los esfuerzos realizados hasta la fecha.

2.4 ACTUACIÓN DEL MEDIADOR

2.4.1 La configuración de la función del mediador

En el art. 13 de la Ley 5 /2012, se hace referencia a la actuación del mediador y se establece que:

“1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y asesoramiento suficientes.

2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley.

3. El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste su renuncia.

4. El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad.

5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán en todo caso:

- a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.
- b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.
- c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación”.

En lo que se refiere a la actuación del mediador, propiamente dicha, el artículo referido es bastante parco, toda vez que sólo los dos primeros apartados hacen alusión concretamente a algún aspecto de la misma.

La posibilidad que tiene el mediador de renunciar a la mediación se podría haber incluido perfectamente en el artículo 22, que hace referencia a la terminación del procedimiento de mediación, donde por cierto se hace ya mención a la facultad del mediador de poner fin al procedimiento si entiende que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurre cualquier otra causa que, a su entender, debe motivar su cierre.

Y en cuanto a los apartados 4 y 5 donde se hace alusión a la concurrencia de posibles causas que puedan afectar a la imparcialidad del mediador, lo normal es que el legislador hubiese incluido dichos apartados en el artículo 7 que es el que regula expresamente la imparcialidad de los mediadores.

Como pone de manifiesto BARONA VILAR, con lo establecido en el referido artículo respecto de la actuación del mediador, “no se trata, en realidad, de acotar en un precepto las funciones propias del mediador.

No ha sido ese el resultado que arroja este precepto, y no parece tampoco que fuere la pretensión del legislador. Se reconocen algunas reglas de actuación del mediador, entre las que se encuentran, por un lado, las funciones básicas del mediador, y algunas reglas referidas al posible abandono o renuncia del mediador, así como la actuación de éste cuando puedan concurrir algunas circunstancias que pudieren afectar a una posible imparcialidad del mismo. En suma, unas reglas discontinuas y que tampoco se encuentran amparadas por un vínculo común”⁵⁷¹.

Considero que la figura del mediador es la pieza esencial del sistema y su actuación durante el procedimiento de mediación va a resultar clave para el buen fin de la misma. Partiendo del carácter autocompositivo de la mediación, el papel del mediador va a consistir fundamentalmente en ayudar a las partes implicadas en un conflicto a que intenten gestionar de forma adecuada el mismo a fin de que puedan

⁵⁷¹ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 250.

ir eliminando o superando sus diferencias para llegar a una solución mutuamente aceptable y satisfactoria para ambas.

Se requiere, además de una adecuada formación y capacitación, un alto grado de responsabilidad para desarrollar correctamente su labor. Tal y como destaca MARQUES CEBOLA, “las incontables tareas que el mediador ha de ejercer durante la mediación exigen reunir numerosas características que no se concentran exclusivamente en sus habilidades técnicas, abarcando incluso las necesarias capacidades emocionales para trabajar los sentimientos y afectos inherentes al conflicto y a las partes, así como elevados principios éticos propios de la responsabilidad que asume en su actividad”⁵⁷².

El mediador habrá de comprobar que efectivamente las partes han comparecido voluntariamente al procedimiento de mediación y velar porque dicha voluntariedad se mantenga a lo largo del mismo.

Una vez iniciado el procedimiento de mediación, el mediador ha de intentar conducir a las partes en su proceso de negociación a superar sus diferencias y llevarlas a la solución que ponga fin a las mismas, en consecuencia, ha de conocer y manejar convenientemente las herramientas de la negociación, así como su procedimiento, a fin de guiar a las partes en ese intento de acercamiento, aportándoles nuevas variables y dinámicas en su proceso de interacción que les permitan modificar sus posiciones iniciales y sus formas de comportamiento.

Con este objetivo, el mediador habrá de facilitar la mejora de la comunicación entre las partes, aportarles conocimiento e información y habilitar que las mismas sean capaces de hacerlo entre ellas para que puedan gestionar de forma adecuada sus intereses en orden a la consecución de un acuerdo que satisfaga en la medida de lo posible las pretensiones de todas las partes⁵⁷³.

⁵⁷² MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, op. cit., pág. 237.

⁵⁷³ Como señala GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, “puesto que la comunicación es la vía para la gestión y resolución de conflictos, cuando los canales de comunicación se han deteriorado, el mediador ayuda a las partes a restablecerlos para que lleguen a regular sus conflictos por sí mismos. El mediador guía, favorece la comunicación con la creación de lo que algunos autores denominan el *tercer espacio*, con el objetivo de crear modos de comunicación respetuosos y constructivos. Es por ello que sus técnicas y estrategias van orientadas a identificar los intereses y necesidades de

Respecto de la obligación del mediador, recogida en el art. 13 de la Ley, de velar porque “las partes dispongan de la información y asesoramiento suficientes”, entiendo que ello no implica que el mediador haya de prestar asesoramiento jurídico a las partes, esa labor ha de corresponder en todo caso a los abogados de las mismas y si no los tuvieran y el mediador entiende que es necesario cualquier tipo de asesoramiento legal habrá de recomendarles que los busquen, pero no debe dar por sí mismo dicho asesoramiento ya que puede favorecer o perjudicar a alguna de las partes y con ello al propio procedimiento de mediación al quebrar su deber de imparcialidad. El asesoramiento y la información a los que se refiere la Ley implican que el mediador debe cerciorarse de que las partes saben perfectamente a qué se comprometen y que saben cómo funciona el procedimiento de mediación, habiendo de velar porque las partes a lo largo del mismo no tengan ni la más mínima duda de lo que está sucediendo en cada momento⁵⁷⁴.

El mediador tiene como función principal conseguir generar, a lo largo del procedimiento de mediación, las condiciones adecuadas que faciliten la comunicación entre las partes, a fin de que sean capaces de ir transformando su visión inicial y subjetiva del conflicto para, precisamente a través de un proceso de comunicación distinto, ir avanzando en la búsqueda de una solución consensuada, y a tal fin habrá de dirigir sus esfuerzos y estrategias.

2.4.2 Desarrollo de la labor del mediador

Para VILALTA NICUESA, la labor del mediador comprende “la creación de un entorno en el cual las partes lleven a cabo una exploración de las posibilidades de establecer lazos de cooperación. Es una tarea difícil que tiene como primer objetivo obtener un cambio de actitud en las partes. Para ello el mediador deberá escuchar y crear empatías. Requiere positivizar, flexibilizar el ambiente y propiciar

las partes y a generar un diálogo que facilite el camino hacia soluciones integradoras”. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Materiales para la práctica de la mediación...*, op. cit. pág. 167.

⁵⁷⁴ Tal y como señala OTERO PARGA “la información que deben recibir las partes sobre el proceso es muy amplia. Abarca plazos, costes materiales y psicológicos, explicación de sus derechos y deberes, obligatoriedad de cumplir el acuerdo al que se llegue, posibilidad de abandono en cualquier momento del proceso, etc. Es importante no sólo que el mediador proporcione esta información a las partes, sino que se asegure de que las partes la comprenden y la aceptan”. OTERO PARGA, M., “La ética del mediador”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 96.

la comunicación y el diálogo, alejando a las partes de la tendencia a posturas adversariales. Resulta asimismo importante en esta labor saber gestionar de un modo adecuado las emociones de las partes para evitar la escalada del conflicto”⁵⁷⁵.

Es fundamental que el mediador con su conducta durante el procedimiento se gane la confianza y aceptación de las partes. La aceptabilidad implica que las partes han de aprobar su presencia y que están dispuestas a escucharle y a colaborar con él, permitiéndole que se incorpore a su disputa y que les ayude a gestionar la misma a fin de intentar buscar una solución. Por tanto, habrá de ser el mediador quien con su correcto desempeño profesional se gane dicha aceptación de las partes.

Es importante, igualmente, que el mediador prepare adecuadamente las sesiones y que lo haga, si es posible, con la debida antelación pues ello le va garantizar en gran medida el correcto desarrollo de las mismas y, en definitiva, del procedimiento de mediación. En este sentido, señala VIDAL TEIXIDÓ que “una vez iniciada la mediación, para las sesiones siguientes el mediador deberá preparar el terreno para conducir el proceso y deberá analizar las preguntas abiertas y cerradas que podrá utilizar, así como las herramientas y estrategias que faciliten la comunicación entre las partes.

La preparación de una sesión también requiere prestar atención a la sesión anterior y a las anotaciones, advertencias y sugerencias que se hayan producido. En efecto, es conveniente que al acabar cada sesión el mediador ponga en orden las notas que ha ido tomando, como también que reseñe las impresiones, emociones y comunicaciones verbales y no verbales que haya observado de cada parte. Este ordenamiento es básico para la continuación de las sesiones, y es fundamental que antes de cada sesión el mediador haga un repaso de la anterior, recuerde el resultado y determine los objetivos de la nueva sesión. Las partes agradecerán esta dedicación del mediador a su caso”⁵⁷⁶.

El mediador ha de ayudar a las partes a reorientar pragmáticamente la

⁵⁷⁵ VILALTA NICUESA, A. E., *Mediación y arbitraje...*, op. cit., págs. 99-100.

⁵⁷⁶ VIDAL TEIXIDÓ, A., “Los Códigos de buenas prácticas”, en LAUROBA, E., BARRAL, I., VIOLA, I., *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit., pág. 149.

enunciación de su problema, cambiando la visión del conflicto que traen las partes para llevarlas a una reconceptualización de éste que les permita avanzar en la búsqueda de una solución negociada que ponga fin al mismo. El mediador va a funcionar, en consecuencia, como un gestor o facilitador del procedimiento, cuya misión es conseguir que cada parte pueda dar a sí misma y a la otra lo que cada una de ellas necesita, situándose en el procedimiento de tal forma que pueda generar las condiciones apropiadas para que las partes sean capaces de generar propuestas y alternativas propias que les lleven a la solución de su conflicto.

Ahora bien, el papel del mediador no se ha de reducir única y exclusivamente a actuar como facilitador del proceso de comunicación e interacción entre las partes, sino que ha de adoptar un papel más activo, velando porque las partes dispongan en todo momento de la información y asesoramiento que sea necesario y orientando en todo momento su labor a lograr el acercamiento entre las partes con el fin de que las mismas puedan lograr una solución a la disputa que les ocupa⁵⁷⁷.

De hecho, éste es el perfil de mediador que se ha recogido en la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Así, en el art. 13 citado anteriormente, se establece que “el mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley”.

Ya, en los Anteproyectos y Proyectos de Ley anteriores a la vigente norma, se recogía este perfil de mediador más activo. Así, en el primer *Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, de 19 de febrero de 2010, respecto de la figura del mediador, y siguiendo un perfil de mediador basado en el modelo anglosajón, se optaba por un rol más activo de éste, frente a las legislaciones autonómicas de mediación familiar que, en general, contemplaban un comportamiento menos intervencionista⁵⁷⁸. En la Exposición de Motivos,

⁵⁷⁷ Tal y como señala GARCIANDÍA GONZÁLEZ, “se trata de una especie de liderazgo positivo que implica promover la participación de las partes en cuanto a la reflexión, la identificación de intereses y necesidades, así como favorecer la toma de decisiones y alcanzar acuerdos”. GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., *Materiales para la práctica de la mediación...*, op. cit., pág. 161.

⁵⁷⁸ Las normas autonómicas recogen un perfil de mediador más facilitador que evaluativo, donde el mediador en ningún caso puede proponer soluciones a las partes. Es la tendencia generalizada, si bien existe alguna excepción, como por ejemplo la Ley de Mediación Familiar de Galicia que en su art. 7.2 establece que “la actividad mediadora tendrá por objeto la prestación de una función de

refiriéndose a la intervención del mediador, se señalaba que “se pretende una intervención activa y orientada a la solución de la controversia, a diferencia de otras figuras, como la conciliación, en la que la participación de un tercero se produce con una menor implicación o capacidad de propuesta”.

En el Real Decreto-ley 5/2012, del que trae causa la actual Ley de Mediación, respecto de la actuación del mediador, se abogaba igualmente por una conducta activa del mismo, tendente a lograr el acercamiento entre las partes.

2.4.3 Estilos de mediación

Existen dos perfiles de mediadores, el mediador facilitativo o facilitador y el mediador evaluativo o directivo.

El mediador facilitador adopta una postura poco intervencionista durante el proceso, su labor se limita, como su nombre indica, a facilitar el proceso de comunicación entre las partes protagonistas del conflicto para que las mismas consigan avanzar en la búsqueda de una solución consensuada, pero en ningún caso se involucra en el fondo del asunto, el cual entiende corresponde en todo caso a las propias partes que son quienes mejor que nadie conocen las circunstancias del mismo.

Es el modelo de mediador acogido en la mayoría de legislaciones autonómicas sobre mediación familiar, lo cual, por otra parte, es perfectamente lógico, dado el ámbito de actuación. Entiendo que en mediación familiar, el mediador ha de adoptar este perfil facilitador, limitando su actuación a acercar las posturas encontradas de las partes, pero dejando que las mismas gestionen efectivamente sus diferencias, porque, como ya he comentado, nadie mejor que las propias partes conocen cuáles son las circunstancias y el contexto de su conflicto en particular, por lo que el mediador no ha de involucrarse activamente en el fondo del mismo y no ha de ofrecer soluciones a las partes, dejando que sean éstas las que lleguen, en su caso, a los acuerdos que tengan por conveniente.

auxilio o apoyo a la negociación entre las partes, concretándose, en su caso, en la facultad de la persona mediadora de proponer soluciones, a aceptar o no libremente por los sujetos en conflicto...”.

Ahora bien, cuando hablamos de mediación propiamente civil y mercantil, de asuntos en los que, normalmente, no hay implicaciones de carácter familiar, donde no hay sentimientos que gestionar, sino que se trata de cuestiones de carácter económico, mercantil o empresarial, donde las partes quizás acuden al mediador precisamente por los conocimientos técnicos que el mismo pueda tener sobre el fondo de la cuestión litigiosa, en estos casos, el papel del mediador puede ser más activo.

El mediador evaluativo o directivo se involucra más en el procedimiento, orientando su labor profesional, en todo caso, hacia la búsqueda del acuerdo. Para BARONA VILAR, “el mediador directivo se implica de forma abierta en el trabajo de dirección del procedimiento, porque lo que importa es la conclusión determinada; ello lleva a que en las sesiones de puesta en común con cada una de las partes busca la manera de cuestionar las diferentes posturas, examinando sus declaraciones, planteando los puntos más débiles de los argumentos esgrimidos, discute con las partes, y trata de influir en ellas para arrancarles un compromiso. Esta modalidad de mediación cuenta evidentemente con un peligro, cual es la excesiva implicación que lleve, por un lado, a no ser capaz de convencer a las partes y que, como consecuencia de ello, pierda credibilidad ante las mismas. Obviamente tiene una ventaja y es que ofrece, si tiene éxito, una visión de una persona con encanto que tiene habilidades suficientes como para conseguir acuerdos de adversarios muy enconados”⁵⁷⁹.

Lo fundamental para el mediador evaluativo es la consecución del acuerdo por parte de los protagonistas del conflicto y, en consecuencia, va a orientar su conducta a dicho fin. La cuestión de si puede el mediador en este caso proponer soluciones a las partes es una cuestión ciertamente controvertida.

Entiendo que si las partes, en este tipo de conflictos de naturaleza civil, mercantil o empresarial, son incapaces por sí mismas de generar opciones encaminadas a la solución del problema y demandan del mediador una postura más activa en este sentido, pidiéndole que les facilite algún tipo de alternativa, el mediador podría involucrarse y ofrecer soluciones a las partes.

⁵⁷⁹BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 258.

Ahora bien, puede ofrecer varias soluciones, no una única solución, entiendo que en estos casos, donde las partes no son capaces de vislumbrar ningún tipo de salida a su conflicto, el mediador podría ofrecer varias posibilidades de acuerdo para que, en todo caso, sean las propias partes las que decidan sobre cuál de ellas trabajar en orden a la búsqueda de su acuerdo. Si el mediador sólo ofrece una solución a las partes –que posiblemente será la que él mismo considera más adecuada–, puede suceder que dicha solución no resulte satisfactoria o adecuada para una de las partes, por lo que ésta quizás pueda entender que el mediador pretende perjudicarla o favorecer a la otra, con lo que la imparcialidad de éste podría quedar seriamente comprometida.

En cualquier caso, es preferible siempre que el mediador intente llevar el procedimiento de mediación haciendo que sean las partes las que, en todo momento, gestionen su conflicto y, en consecuencia, sean capaces de conseguir generar opciones sobre las que trabajar una solución, pero entiendo que no pasa nada porque en un momento determinado, y con el fin de avanzar en el procedimiento de mediación y en la búsqueda del acuerdo, el mediador, basándose en sus conocimientos y experiencia previa, pueda ayudar a las partes ofreciéndoles una serie de posibilidades para que las mismas puedan evaluarlas, teniendo en cuenta que la solución, en todo caso, va a depender de las mismas y no del propio mediador.

2.4.4 La posibilidad del mediador de poner fin al procedimiento de mediación

Para que el mediador pueda ayudar a las partes a que sean capaces de generar sus propias alternativas es fundamental la creatividad, es decir la capacidad del mediador de incitar a las partes a trabajar colaborativamente y de adaptarse a las distintas vicisitudes o dificultades que puedan ir surgiendo a lo largo del procedimiento de mediación a fin de que puedan superar las mismas de forma constructiva⁵⁸⁰.

⁵⁸⁰ Tal y como señala GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, “la respuesta creativa ante un conflicto consiste en transformar los problemas en oportunidades, extraer lo mejor de cada situación. Se trata de la capacidad para ofrecer modos de colaboración que generen ideas y diseñar procesos que lleguen a resolver cada caso. El mediador tiene que tener la capacidad, obtenida mediante un entrenamiento, de cambiar el nombre a los problemas, de abrir nuevos caminos, nuevas vías de

Si el mediador es incapaz de hacer que las partes superen dichas dificultades, está facultado a poner fin al mismo⁵⁸¹. Así se recoge expresamente en el art. 13 que habilita expresamente al mediador para renunciar a desarrollar la mediación, aunque, en su caso, las partes mostrasen su voluntad de seguir adelante con el procedimiento. Además, no se exige al mediador justificar su decisión de poner fin a la mediación, por lo que basta con que el mismo entienda que es lo más adecuado, sin más⁵⁸².

La única obligación que la Ley le exige es la de entregar un acta a las partes en la que se haga constar su renuncia y si éstas deciden continuar con el procedimiento de mediación podrán designar un nuevo mediador si lo desean.

Por lo que respecta al deber del mediador de abandonar la mediación cuando concurren causas que afecten a su imparcialidad, se establece en la Ley que el mediador además tendrá la obligación de revelar a las partes durante todo el procedimiento la concurrencia de cualquier circunstancia que efectivamente pudiera afectar a dicha imparcialidad y sólo podría continuar con el procedimiento si las partes, debidamente apercibidas de dichas circunstancias, muestran su expreso consentimiento para que el mediador continúe con el mismo, debiendo concurrir igualmente la voluntad del propio mediador que ha de garantizar que tal eventualidad en ningún caso le va a impedir desarrollar profesionalmente su labor.

entendimiento, nuevas salidas. Esta cualidad es importante, especialmente, en la fase de generación de alternativas, en la zona de freno de discusiones y en la salida de soluciones estancadas, que no conducen a nada". GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Materiales para la práctica de la mediación...*, op. cit., pág. 158.

⁵⁸¹ En este sentido, apunta OTERO PARGA que "es importante que el mediador sea consciente de que no todos los procesos son susceptibles de arreglo, ni a través de la mediación ni usando otros procedimientos. De manera tal que un mediador está éticamente obligado a poner fin a una mediación cuando observe que alguna de las partes está claramente abusando de la otra, la finalidad que se persigue es ilegal, existe coacción que vicia el proceso o los medios o resultados que se proponen encierran delito". OTERO PARGA, M., "La ética del mediador", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 97.

⁵⁸² A este respecto, es importante la propia actitud del mediador, como pone de manifiesto VIDAL TEIXIDÓ "el mediador debe mantener una actitud crítica y al mismo tiempo autocrítica. Tiene que valorar su trabajo y su capacidad para afrontar la mediación que se le ha encargado, de la cual tiene que saber apartarse, si es necesario, en el momento adecuado". VIDAL TEIXIDÓ, A., "Los Códigos de buenas prácticas", en LAUROBA, E., BARRAL, I., VIOLA, I., *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit., pág. 150.

2.5 RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIADORES Y DE LAS INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN

2.5.1 Responsabilidad contractual y profesional de los mediadores

La Ley regula en el art. 14 la responsabilidad de los mediadores y se establece que “la aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren”.

A diferencia de lo establecido en el anterior art. 14 del Real Decreto Ley 5/2012, cuya redacción recogía la responsabilidad de los mediadores por los “daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad y dolo”, ahora desaparece cualquier causalidad específica, refiriendo sin más la posible responsabilidad por los “daños y perjuicios que causaren”, favoreciendo un modelo de responsabilidad culposa por parte del mediador que vendrá referido al régimen general de responsabilidad del art. 1902 del Código Civil⁵⁸³.

Para MARQUES CEBOLA, “el mediador, en la práctica de la mediación, podrá ser responsabilizado: 1) contractualmente, por violación del contrato de mediación; 2) civilmente, por malas prácticas, debiendo las partes ejercitar acciones directamente contra el profesional si sufrieran daños resultantes de la conducta del mediador; 3) disciplinariamente, en relación a violaciones de los Códigos Deontológicos aplicables, y 4) penalmente, siempre que cometa un delito o falta punible”⁵⁸⁴.

Por lo que respecta a la responsabilidad contractual, la misma podría venir producida por el incumplimiento de alguna de las obligaciones a las que el mediador pudiere haberse comprometido con las partes en el contrato de

⁵⁸³ Para ESPLUGUES MOTA, “asumiendo que la relación entre las partes y el mediador es de carácter contractual, del artículo 14 se derivaría una referencia a una responsabilidad únicamente civil y de base exclusivamente contractual, por obligacional, que se circunscribiría temporalmente al tiempo en que el mediador esté ejerciendo sus funciones de mediación”. ESPLUGUES MOTA, C., “Mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de mediación de 2012”, en ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 97.

⁵⁸⁴ MARQUES CEBOLA, C., *La Mediación*, op. cit., pág. 251.

mediación suscrito con las mismas, por lo que éste habrá de observar una serie de precauciones a fin de no comprometerse en el cumplimiento de determinados resultados o plazos por ejemplo, porque si es así y posteriormente incumple sus compromisos podría quedar sujeto a responsabilidad⁵⁸⁵.

En cuanto a la responsabilidad profesional, el mediador habrá de cumplir fielmente con todos los deberes que la Ley establece respecto del mismo, derivados precisamente de su ejercicio profesional. Así, tal y como se ha comentado anteriormente, el mediador habrá de tener formación específica en mediación, conocer todas las técnicas y herramientas y ponerlas en práctica en cada momento oportuno del procedimiento, habrá de respetar escrupulosamente los deberes de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, debe informar con claridad a las partes de las características y principios de la mediación, así como de cuanto acontezca en su desarrollo y de la posible necesidad de asesoramiento jurídico, ha de velar por la igualdad y equilibrio de las partes, etc.. Igualmente habrá de observar todas aquellas normas de conducta a las que pueda estar sujeto por prestar sus servicios para una institución de mediación determinada, la cual obviamente podrá disponer de su propios Códigos de conducta, de buenas prácticas o deontológico.

Según apunta MARQUES CEBOLA, “en cuanto a la responsabilidad por malas prácticas profesionales es esencial la concurrencia de cinco elementos: 1) existencia de un deber del mediador; 2) violación de ese deber; 3) existencia de daños; 4) nexo de causalidad entre los daños sufridos y la violación del deber, y 5) culpa (tanto por dolo como por negligencia)”⁵⁸⁶.

Dada la labor a desarrollar por el mediador, cuya misión básicamente es la de ayudar a las partes a buscar un solución por sí mismas, y teniendo en cuenta la voluntariedad del procedimiento –por lo que las partes pueden abandonar

⁵⁸⁵ Según señala BARONA VILAR, “sólo desde que se acepta por el mediador el encargo, nace su obligación de cumplir el mismo, realizar su actividad mediadora, y solo desde este momento es posible no cumplir con la obligación o hacerlo no adecuadamente, generando una posible producción de daños y perjuicios derivados por su actuación o su no actuación (dado que el encargo puede incumplirse desde una posición activa o una de omisión). Y esa relación es claramente contractual”. BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 306.

⁵⁸⁶ MARQUES CEBOLA, C., *La Mediación*, op. cit., pág. 247.

libremente el mismo en el momento que consideren que la labor del mediador no es la adecuada o no les está ayudando–, se hace difícil pensar en supuestos en los que éste pueda tener algún tipo de responsabilidad, salvo que incumpla los deberes y obligaciones que le atribuye la Ley, que son básicamente el deber de imparcialidad y la obligación de guardar confidencialidad, o incurra en algún tipo de error profesional como la pérdida o extravío de documentos que le hayan podido entregar las partes.

Hay que tener en cuenta, tal y como ponen de manifiesto VALERO LLORCA y COBAS COBIELLA, que la relación entre el mediador y las partes es “una obligación de medios y no de resultados, porque el mediador precisamente conduce a las partes a que encuentren su propio camino, en lo que respecta al conflicto, su misión es precisamente guiar a los destinatarios de la mediación en relación a esto, por tanto los resultados que se obtengan dependen de muchas cuestiones, no concernientes al mediador, ni tampoco es responsable de la no consecución del acuerdo. En caso de las obligaciones de medios la prestación debida prescinde del resultado particular, y el deudor cumple con la obligación si la ejerce de la manera debida, a diferencia de las de resultados, lo que es debido es el resultado y para cumplir exactamente con la obligación el deudor debe realizar dicho resultado. El mediador cumple su función con independencia de que se consiga o no el acuerdo, si actúa con la diligencia debida en correspondencia con el cargo”⁵⁸⁷.

La actuación del mediador no es, pues, de resultado, pero sí debe ser activamente responsable, por el papel que le ha atribuido el legislador, en cuanto ha de ser quien dirija el procedimiento de mediación, con todos los deberes y obligaciones que le son inherentes. El mediador habrá de responder, en consecuencia, de todas las actuaciones por él realizadas que puedan ocasionar algún perjuicio a las partes.

Sin embargo, el tema de su diligencia profesional va a ser una cuestión francamente complicada de verificar en caso de una posible reclamación por alguna de las partes que pueda sentirse perjudicada, habiendo ésta de demostrar que la conducta del mediador incurrió en el incumplimiento de alguna obligación

⁵⁸⁷ VALERO LLORCA, J. y COBAS COBIELLA, M.E., “La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión”, Diario La Ley, Nº 7987, 19 de diciembre de 2012, pág. 5.

legal o en una acreditada mala praxis profesional y que, además, dicha infracción o conducta provocó daños y perjuicios que, en todo caso, habrán de ser debidamente probados⁵⁸⁸.

Como garantía de la comentada responsabilidad de los mediadores, la Ley en el art. 11.3 dispone que “el mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga”, constituyéndose como una obligación ineludible y requisito condicional para poder ejercer profesionalmente.

Igualmente, en el Real Decreto 980/2013 se regula la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del mediador. Se establece en el art. 26 que “todo mediador deberá contar con un contrato de seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente por cuya virtud el asegurador o entidad de crédito se obligue, dentro de los límites pactados, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función”.

Respecto de los posibles daños que pueden, en su caso, ocasionar los mediadores se hace mención en el art. 27 a la infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, error profesional o la pérdida o extravío de expedientes y documentos de las partes.

El seguro podrá ser contratado a título individual por el mediador o dentro de una póliza colectiva que incluya la cobertura correspondiente a la actividad de mediación.

Se dispone igualmente en el art. 28 que “la suma asegurada o garantizada por los hechos generadores de la responsabilidad del mediador, por siniestro y anualidad, será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga”.

⁵⁸⁸ En el mismo sentido, señala MARQUES CEBOLA que “elementos esenciales de la responsabilidad profesional de los mediadores son la existencia de daños y la prueba del nexo de causalidad entre el daño y la violación cometida por el mediador. No es suficiente la existencia de daños especulativos en relación a posibles resultados, siendo absolutamente necesario que la parte perjudicada pruebe y cuantifique que la mala práctica del mediador originó determinados perjuicios concretos y específicos”. MARQUES CEBOLA, C., *La Mediación*, op. cit., pág. 248.

También, se introduce la obligación del mediador de informar a las partes, con carácter previo al inicio del procedimiento, de la cobertura de su responsabilidad civil, habiendo de dejar constancia de la misma en el acta inicial.

2.5.2 Responsabilidad disciplinaria y penal de los mediadores

Por lo que respecta a la responsabilidad disciplinaria, la misma derivará del incumplimiento de los deberes y obligaciones del mediador, independientemente de la existencia de un posible daño derivado de dicho incumplimiento.

Nada se establece al respecto ni en la Ley 5/2012, ni en el Real Decreto 980/2013, no existe un régimen disciplinario general aplicable a posibles infracciones de los mediadores, por lo que habrán de ser las propias instituciones de mediación las que creen sus propias normas al respecto. En el Real Decreto 980/2013, simplemente se reseña en el art. 17 b), que será causa de baja en el Registro de Mediadores “la inhabilitación o suspensión para el ejercicio de su profesión por autoridad competente, incluyendo los Colegios Profesionales y Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, así como sus Consejos Generales”.

En cuanto la posible responsabilidad penal en que pueda incurrir el mediador, la misma, evidentemente, sólo podrá venir derivada de la comisión de algún ilícito penal por parte del mismo, por ejemplo posibles amenazas o agresiones a las partes, si bien se hace complicado plantear siquiera tales supuestos.

2.5.3 Responsabilidad de las instituciones de mediación

También, tal y como se establece en el art. 14 de la Ley, cabe exigir responsabilidad a la institución de mediación a la que, en su caso, pertenezca el mediador, con independencia de las posibles acciones de reembolso que ésta pueda ejercitar contra el mismo.

Así, el perjudicado podrá bien dirigirse directamente contra el mediador o contra la institución para la que preste sus servicios, tal y como señalan VALERO LLORCA y COBAS COBIELLA “ello deriva del hecho de que no pueden prestar directamente el servicio de mediación, ni tener más intervención en la misma que la que prevé la Ley, se limitan a dar a conocer la identidad de los mediadores que actúen dentro de

su ámbito, informando, al menos, de su formación, especialidad y experiencia en el ámbito de la mediación a la que se dediquen”⁵⁸⁹.

Además, la Ley también delimita una responsabilidad exclusiva de las instituciones de mediación por el posible incumplimiento de sus propias obligaciones. A este respecto, señala BARONA VILAR que “en este caso la responsabilidad exigida a la institución podría producirse por la falta de publicidad en la designación del mediador, por la designación de un mediador que no cumple las condiciones establecidas, por la falta de regulación de unas reglas de actuación y un procedimiento transparente de pago de provisión de fondos, por exigir más provisión de fondos a una parte que a otra, por no devolución de parte de la provisión de fondos tras la determinación de los gastos que se hubieren podido ocasionar, etc.”⁵⁹⁰.

Según se establece en el Real Decreto 980/2013, la obligación de aseguramiento de la responsabilidad de las instituciones de mediación podrá venir producida por la designación del mediador o por el incumplimiento de alguna de las obligaciones que les incumben. La institución de mediación también habrá de asumir, solidariamente con el mediador, la responsabilidad derivada de la actuación de éste, garantizándose de esta forma la previsión establecida en la Ley que faculta al posible perjudicado para poder entablar acciones tanto contra el mediador como contra la institución a la que pertenezca, sin perjuicio del derecho de ésta a repetir contra el mediador por dichas acciones.

Así, en el art. 29 del Real Decreto se estipula que “con independencia de la posibilidad de asumir la contratación de la cobertura de la eventual responsabilidad civil de los mediadores que actúen dentro de su ámbito, las instituciones de mediación deberán contar con un seguro o una garantía equivalente que cubra la responsabilidad que les corresponde, de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en especial, la que pudiera derivarse de la designación del mediador”.

⁵⁸⁹ VALERO LLORCA, J. y COBAS COBIELLA, M.E., “La responsabilidad del mediador...”, op. cit., págs. 4-5.

⁵⁹⁰ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 314-315.

CAPÍTULO V

EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

1.- EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

1.1 MEDIACIÓN: UN PROCEDIMIENTO FLEXIBLE

Tal y como señala SOLETO MUÑOZ, “ante la pregunta de si existe un proceso de mediación, un *iter* que haya de seguirse para realizar una mediación, podemos responder a la vez, sí y no. Podríamos decir que sí, cada mediador tiene en su mente cómo ha de realizar una mediación, y si preguntáramos a varios, posiblemente podrían coincidir algunos de ellos, pero no tendríamos una respuesta absoluta ni homogénea.

La maravilla de la mediación, lo que aporta a la resolución tradicional de los conflictos en la sociedad, es precisamente la capacidad de adaptación de su estructura a las necesidades y voluntad de los participantes en cada caso. Por ello tendríamos que responder que no, que no existe un proceso de mediación, y que la mediación se adapta al medio”⁵⁹¹.

En el mismo sentido, MARTÍN DIZ apunta que “la mediación es un sistema de solución de conflictos caracterizado por la flexibilidad y la informalidad; en definitiva, por la ausencia de trámites específicos e inamovibles que deban observarse en todo caso. (...) La mediación y la libertad de forma que la rige hacen, en este sentido, difícil describir, catalogar y situar sus etapas, e incluso un procedimiento *tipo*. Insistimos, en contraposición a la estricta determinación legal del desarrollo del proceso, cuyo respeto y observancia se impone a todos sus intervinientes, en la mediación el ritmo y el rumbo de las actuaciones queda en manos de las partes y de las posibles orientaciones y propuestas del mediador”⁵⁹². Efectivamente, tal y como comenté con anterioridad, una de las características

⁵⁹¹ SOLETO MUÑOZ, H., “El proceso de mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 225.

⁵⁹² MARTÍN DIZ, F., *La mediación como sistema complementario...*, op. cit., pág. 104.

básicas de la mediación y principio rector de la misma es la flexibilidad, por lo que el procedimiento debe adaptarse a la situación concreta a tratar, si bien, obviamente, ello no implica que dicho procedimiento sea totalmente anárquico y desestructurado, han de respetarse una serie de normas mínimas⁵⁹³.

Así lo ha recogido también la Ley 5/2012, en cuyo Preámbulo se pone de manifiesto que “el régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes”, y al referirse al procedimiento de mediación señala que “es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales. La norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto”.

1.2 MEDIACIÓN: UN PROCEDIMIENTO ESTRUCTURADO

Por lo que respecta a la estructura del procedimiento de mediación, según los autores examinados podríamos hablar de diferentes fases o etapas, aunque en conjunto dicho procedimiento resulte ser finalmente el mismo o muy similar en todo caso.

Así, por ejemplo, para SOLETO MUÑOZ podríamos hablar de una serie de etapas previas al procedimiento de mediación en sí, –como serían la selección del asunto

⁵⁹³ En este sentido, tal y como señalan SOUTO GALVÁN y MORCILLO JIMÉNEZ “existe unanimidad sobre la idea de que no se puede acometer una mediación sin que el mediador tenga predefinido un procedimiento determinado. El éxito de la mediación, y en cierta manera la norma que la regula, dependerá en gran medida del método empleado para la puesta en práctica de la mediación. En aras a buscar la mayor efectividad del procedimiento, éste deberá adecuarse a la materia objeto de la mediación, de tal forma que podríamos hablar de un procedimiento para los asuntos familiares, otro para la mediación en justicia restaurativa y otro distinto para los civiles y mercantiles. Sin embargo todos tienen algo en común: una estructura compuesta de una serie de fases que el mediador debe seguir, con mayor o menor rigidez, en un orden preestablecido desde el comienzo de la mediación hasta su fin, ya que esta estructura es la que sirve al mediador de guía para impulsar y orientar la negociación de las partes”. SOUTO GALVÁN, E. y MORCILLO JIMÉNEZ, J.J., “Necesidad de un procedimiento de mediación: una propuesta”, comunicación presentada en el marco del III Simposio Tribunales y Mediación: “Balance de un año de vigencia de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil”, celebrado en Madrid los días 26 y 27 de septiembre de 2013. <http://mediacionesjusticia.com/simposio-2013>.

adecuado para intentar la mediación, la comunicación previa con las partes en conflicto a fin de ofrecerles la posibilidad de iniciar la mediación, la valoración de la posible intervención de terceros ajenos a las propias partes durante el proceso–, la sesión informativa, las sesiones de mediación propiamente dichas, la posibilidad de realizar entrevistas individuales con las partes durante el proceso y el acuerdo de mediación⁵⁹⁴.

MOORE establece una serie de fases en su proceso de mediación:

- Contactos iniciales con las partes en disputa.
- Selección de una estrategia para orientar la mediación.
- Recopilación y análisis de antecedentes.
- Diseño de un plan detallado de mediación.
- Promoción de la confianza y la cooperación.
- Comienzo de la sesión de mediación.
- Definir las cuestiones y elaborar la agenda.
- Develación de intereses ocultos en las partes en disputa.
- Generar alternativas de acuerdo.
- Evaluación de las alternativas de acuerdo.
- La última negociación.
- El acuerdo formal⁵⁹⁵.

NOVEL MARTÍ enmarca el procedimiento de mediación en una pre-etapa que se inicia a partir de la solicitud de intervención y en siete etapas:

- “La *pre-mediación*: Recogida de información previa acerca del conflicto, preparar a las partes y preparar el contexto para entrar a trabajar en la gestión del conflicto, a través del proceso de mediación.

⁵⁹⁴ Vid. SOLETO MUÑOZ, H., “El proceso de mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de...*, op. cit., págs. 226-229.

⁵⁹⁵ Vid. MOORE, C., *El proceso de mediación*, op. cit., págs. 89-393.

- *1ª Etapa:* Acoger a las partes y acomodar compromisos de mediación, para disponer de una alianza previa consensuada.
- *2ª Etapa:* Recogida de información valiosa para las partes y ayudarles a analizar los aspectos implicados, pasando paulatinamente de la confrontación a la colaboración.
- *3ª Etapa:* Ayudar a las partes en el proceso de transformación de la relación, para asegurar la reconstrucción de la confianza a corto y largo plazo.
- *4ª Etapa:* Creación de la agenda o puntos clave de desacuerdo, identificando aquellos en los que si existe acuerdo o posibilidades de colaboración, para que puedan ser utilizados como recursos existentes.
- *5ª Etapa:* Ayudar a las partes a definir opciones posibles que desemboquen en propuestas de acuerdo transformadoras, deseadas y posibles.
- *6ª Etapa:* Creación del acuerdo de mediación que posibilitará a las partes superar el conflicto actual y mejorar sus competencias en los procesos ganar-ganar propios de la mediación.
- *7ª Etapa:* Cierre del proceso de mediación, que confirmará la sostenibilidad o no, en un determinado período de tiempo, de los acuerdos decididos conjuntamente”⁵⁹⁶.

Para ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, la mediación tendría “una serie de etapas: fase inicial (en la que el mediador explica a las partes en qué consiste la mediación y los principios por que se inspira); fase de exposición de las partes (en la que cada interviniente deberá exponer los hechos y el conflicto tal y como lo percibe); fase de negociación (en ella el mediador debe hacer la actividad de acercar a las partes en conflicto manteniendo reuniones, identificando los intereses y necesidades de cada una de las partes); fase de trabajo conjunto (intentando encontrar una visión conjunta del conflicto e instando a las partes para que propongan soluciones al conflicto); fase de valoración y discusión entre las opciones y alternativas generadas; y fase de conclusión (donde se adopta el

⁵⁹⁶ NOVEL MARTÍ, G., *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Reus, Madrid, 2010, pág. 192.

acuerdo)”⁵⁹⁷.

Por su parte, MARTÍN DIZ habla de tres etapas: premediación, mediación en sentido estricto y postmediación⁵⁹⁸.

PORTELA refiere cuatro etapas distintas: “la primera, denominada *Organizar la mediación*, destinada fundamentalmente a la explicación de las reglas de la mediación a las partes, y en donde cumple un rol central el denominado discurso inicial; la segunda, llamada *Comprensión de la perspectiva de las partes*, en donde también existe un momento clave, que es el escuchar atentamente los relatos de las partes, efectuando un correcto parafraseo de los mismos; existe aquí, además, la demostración de la tarea de un buen mediador, que es el averiguar cuáles son los verdaderos intereses y necesidades de los afectados por el conflicto. La tercera etapa se denomina *Replanteo-Generación de opciones*, en la cual el mediador se dedica prioritariamente a la formulación de preguntas a las partes, cuya contestación debería suministrarle una mayor cantidad de información y, con ello, una mayor oportunidad de generar opciones. La etapa cuarta, finalmente, se encamina directamente a *Lograr un acuerdo*”⁵⁹⁹.

ALCOVER DE LA HERA señala que las fases esenciales que estructuran el proceso de mediación son: la premediación, que incluiría la introducción y el contrato verbal de las partes sobre la participación en la mediación; recogida y síntesis de la información, donde las partes comparten la información respecto del conflicto y expresan cómo les está afectando el mismo; identificación de los temas nucleares y acuerdo sobre el esquema o guión a seguir; generación de ideas y opciones, sin compromiso en los temas tratados para que aumente la flexibilidad de las partes; negociación para encontrar soluciones razonables u óptimas, donde las partes evalúan las alternativas y formulan acuerdos sobre los diversos temas en

⁵⁹⁷ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “La mediación en las relaciones empresariales: el equilibrio de las partes en conflicto”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de...*, op. cit., pág. 412.

⁵⁹⁸ MARTÍN DIZ, F., *La mediación como sistema complementario...*, op. cit., pág. 105.

⁵⁹⁹ GUILLERMO PORTELA, J., “Estructura y fases de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág. 226.

discusión; y, por último, recapitulación, acuerdo/s final/es y cierre⁶⁰⁰.

MEJÍAS GÓMEZ incluye también como fases de la mediación la ejecución y el seguimiento de la misma. Así, para el referido autor habría siete fases: “1.- Fase inicial: sesión informativa; 2.- Fase de comunicación; 3.- Fase de negociación; 4.- Fase de acuerdo; 5.- Fase de ratificación; 6.- Fase de ejecución; y 7.- Fase de seguimiento”⁶⁰¹.

Como se puede apreciar, independientemente del número de fases que cada autor entiende tiene la mediación, en lo que todos y cada uno de ellos coinciden es en que sí hay un procedimiento, podríamos hablar en algunas ocasiones de un procedimiento muy básico e informal, pero un procedimiento en definitiva.

Resumiendo, se podría decir que hay una primera sesión informativa, donde el mediador da a conocer a las partes cuál es su rol, así como el objeto, ventajas y principios básicos de la mediación, y si éstas, una vez instruidas debidamente, decidiesen aceptar, comenzaría el procedimiento propiamente dicho en el que las partes, asistidas por el mediador, intentarían en un primer momento definir las cuestiones que van a ser objeto de las sesiones y elaborar una agenda para su tratamiento, para posteriormente definir sus intereses y generar opciones que, una vez evaluadas, puedan dar lugar a acuerdos que pongan fin de forma satisfactoria a todos los temas suscitados.

En cualquier caso, se intentará reducir al máximo los requisitos que estructuran ese procedimiento, buscando los imprescindibles para el correcto desarrollo del mismo y siempre en función de las necesidades de las partes y del propio mediador.

En este sentido, por lo que respecta a la legislación autonómica en mediación familiar, destaca GONZÁLEZ PILLADO que “como norma general, las leyes autonómicas, cuando regulan el proceso de mediación, aluden a cuatro cuestiones básicas:

⁶⁰⁰ Vid. ALCOVER DE LA HERA, C.M., “La mediación como estrategia para la resolución de conflictos: una perspectiva psicosocial”, en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos alternativos de solución de...*, op. cit., págs. 122-123.

⁶⁰¹ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de...*, op. cit., pág. 41.

En primer lugar, al inicio del proceso de mediación, determinando a quien le corresponde la iniciativa para poner en marcha el mismo, pero sin establecer requisitos concretos sobre la forma de iniciación.

En segundo, a la sesión inicial del proceso de mediación, concretándose los objetivos que se persiguen con la misma. De un lado, su finalidad de información a las partes sobre el propio proceso de mediación (beneficios de su utilización, coste, derechos y deberes de las partes y de la persona mediadora); de otro lado, la determinación del objeto concreto del proceso de mediación que se inicia (esto es, el conflicto concreto que se trata de resolver).

En tercer lugar, a la terminación del proceso, con la indicación clara de que las partes podrán poner fin al proceso de mediación iniciado en cualquier momento. Igualmente, se prevén los supuestos concretos en los que el mediador podrá dar por terminada la mediación iniciada.

En cuarto y último, al acta final del proceso de mediación, sobre todo en el caso en que se llegue a un acuerdo que deberá figurar de forma clara, completa y comprensible. Además, esta acta final se firmará por las partes y la persona mediadora.

Fuera de las previsiones anteriores, el procedimiento de mediación se desarrollará de manera flexible y antiformalista”⁶⁰².

En la misma línea, ETXEBERRÍA GURIDI señala que “las distintas leyes autonómicas sobre mediación coinciden en que el procedimiento de mediación se ha de caracterizar por la flexibilidad para que, de ese modo, pueda adaptarse a las exigencias del caso concreto. Así ocurre, desde las primeras leyes sobre mediación familiar, como la Ley 4/2001 de Galicia donde se recogen como principios informadores el antiformalismo y la flexibilidad (art. 8.1), hasta las más recientes como la Ley 1/2011 de Cantabria que tiene una vocación mucho más amplia que el ámbito de la familia y que incluye también dentro de sus principios rectores el de la flexibilidad (art. 10). Pero esta proclamación va seguida de una detallada regulación del procedimiento a seguir que pone en duda el espíritu antiformalista

⁶⁰² GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 365.

del procedimiento de mediación. Partiendo de esta premisa resulta comprensible que los procedimientos difieran de un caso a otro, considerando que existen Servicios o Centros de Mediación o que, en algunos casos, los colegios profesionales tienen un papel protagónico (colegio de abogados en Cataluña) y que son éstos los que gestionan las solicitudes de mediación, nombran en su caso a los mediadores, si no han sido designados por las partes, etc. Con todo, cabe concluir que no existen divergencias fundamentales entre las disposiciones autonómicas”⁶⁰³.

La *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, al regular el procedimiento de mediación dispone una estructura similar a las leyes autonómicas.

Dicho procedimiento se encuentra regulado en los arts. 18 a 24 de la Ley y hacen referencia a la solicitud de inicio de la mediación, a la información y sesiones informativas a las partes intervinientes, a la posibilidad de que la mediación pueda ser llevada a cabo por uno o por varios mediadores, a la sesión constitutiva del procedimiento de mediación, a la duración del procedimiento, al desarrollo de las actuaciones de mediación, a la terminación del procedimiento, al acuerdo de mediación y a la posibilidad de que todas o alguna de las actuaciones de mediación puedan ser llevadas a cabo mediante medios electrónicos.

En línea con lo apuntado anteriormente, sostiene BARONA VILAR que “la regulación que se contiene en la Ley sobre el procedimiento no pretende tener vocación o carácter estático en el procedimiento. De ser así estaríamos ante una suerte de *pseudoproceso* al estilo del judicial, que no ofrecería ventajas a quienes a él acudan, más allá de la privatización de la justicia. No es ese ni el sentido de la incorporación de la mediación en el modelo de justicia y de tutela de los ciudadanos ni el sentido *per natura* que tiene la mediación. La *frescura*, flexibilidad y adaptabilidad del procedimiento es su mayor tesoro, obviamente siempre que quien maneja el procedimiento, sea el mediador o mediadores, sea la institución de mediación, controlen y permitan extraer cuanto de beneficioso tiene esa

⁶⁰³ ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “Análisis de la normativa autonómica sobre mediación en asuntos de derecho privado y la incidencia en ella de la normativa estatal”, en ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación...*, op. cit., pág. 240.

adaptabilidad del procedimiento a las personas y a los conflictos”⁶⁰⁴.

2. LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

A continuación, voy a tratar con mayor detenimiento cada una de las “fases” del procedimiento de mediación, tal y como vienen reguladas en la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

2.1 SOLICITUD DE INICIO

Según se establece en el art. 16 de la Ley 5/2012, al referirse a la solicitud de inicio,

“1. El procedimiento de mediación podrá iniciarse:

a) De común acuerdo entre las partes. En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones.

b) Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas.

2. La solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas.

3. Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal”.

Según el referido artículo, el inicio del procedimiento de mediación podrá producirse en primer lugar por solicitud conjunta y de mutuo acuerdo entre las partes, las cuales, además, habrán de indicar la persona del mediador que se va a hacer cargo del procedimiento, o bien la institución que habrá de designar al mismo, así como el lugar donde van a tener lugar las sesiones de mediación y la lengua en la que se van a desarrollar las mismas. Esto no es más que una nueva

⁶⁰⁴ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 369.

manifestación del principio de autonomía de la voluntad y libre disposición que inspira la institución de la mediación.

Lo normal, por tanto, va a ser que las partes de común acuerdo designen al mediador o bien decidan que sea la institución de mediación propuesta la que nombre al mismo, por lo que parece que no tiene mucho sentido el inciso contenido en el apartado segundo del citado art. 16 cuando refiere que “*la solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas*”. A esa propuesta efectuada por sólo una de las partes a las demás no se hace referencia alguna en el apartado primero y además lo normal es que dichas partes puedan desconfiar de tal propuesta, por lo que en la práctica lo lógico será que la designación se haga de la forma expuesta en el citado apartado primero⁶⁰⁵.

Tal y como se reseña en el art.18, la mediación podrá ser llevada a cabo por uno o varios mediadores, habiendo en este último caso de actuar dichos mediadores de forma coordinada. Por tanto, si las partes lo entienden oportuno, por la complejidad del asunto a tratar o simplemente porque así lo prefieran, podrán designar más de un mediador para dirigir el procedimiento de mediación⁶⁰⁶.

En el Real Decreto 980/2013 se establece la información acerca de los mediadores que habrán de integrar el Registro, tanto respecto de su formación de origen como de su formación específica y experiencia concreta en mediación. De esta forma las partes podrán disponer de elementos de valor suficientes para poder elegir eficazmente al mediador o mediadores que vayan a llevar a cabo la mediación.

⁶⁰⁵ Para ÁLVAREZ SACRISTÁN, “lo más usual va a ser que las partes no propongan mediador y lo dejarán a la decisión de la institución que tendrá habilitada una relación de mediadores y que decidirán sobre el mismo de acuerdo con el objeto de la controversia, adaptando la cualidad y formación con el objeto sometido a mediación”. ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *La mediación civil y mercantil...*, op. cit., pág. 89.

⁶⁰⁶ Tal y como apunta ESTEVE GARCÍA, “la comediación, consistente en la intervención de más de un mediador en un mismo procedimiento, está prevista legalmente en casi todas las autonomías, excepto en el caso de Madrid, el País Vasco y Galicia, que contemplan únicamente la posibilidad de que colaboren en el procedimiento de mediación técnicos expertos en el ámbito objeto de la mediación en el caso concreto. La única diferencia existente entre las diversas regulaciones es de cariz terminológico, usando unas la expresión *equipos de personas mediadoras*, y otras la de *entidades de mediación familiar*”. ESTEVE GARCÍA, G., “Las leyes autonómicas españolas: los conceptos básicos”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.), *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit., pág. 51.

Si bien no se refiere nada expresamente en la Ley, se entiende que la solicitud de mediación habrá de llevarse a cabo por escrito dirigido al mediador o mediadores, o bien mediante la cumplimentación de los formularios que las instituciones de mediación habrán de poner a disposición de las partes para evacuar tal petición. Cabría también efectuar oralmente tal petición, pero entiendo que de alguna forma se habrá de dejar constancia escrita de la misma para evitar posibles problemas y garantizar la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.

2.1.1 Cláusulas de sometimiento a mediación

Tal y como se establece en el art. 16.1 b), también puede presentarse la solicitud de inicio de la mediación por sólo una de las partes en cumplimiento de un pacto previo existente entre las partes de sometimiento a dicho método de solución de conflictos. Hay que poner en relación dicho precepto con lo establecido en el art. 6.2 de la misma Ley, cuando, al referirse al principio de voluntariedad y libre disposición, se hace referencia a las cláusulas de sumisión expresa a mediación y se dispone que “cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste”.

Ya comenté anteriormente que la eficacia de dichas cláusulas parece bastante limitada, teniendo en cuenta la voluntariedad que ha de presidir todo proceso de mediación. Ello no implica rechazo o disconformidad con la existencia de las mismas, entiendo que dichas cláusulas pueden coadyuvar al impulso y conocimiento de la mediación, simplemente lo que quiero resaltar es que una vez que alguna de las partes ha mostrado ya fehacientemente su voluntad de no utilizar la mediación como método para resolver el conflicto, no tiene sentido obligar a las mismas a intentarlo.

Como norma general, cuando las partes introducen una cláusula de este tipo, acordando expresamente y por escrito someter un futuro e hipotético conflicto derivado de la relación jurídica o del contrato que suscribieron a un determinado método de solución de conflictos –en este caso la mediación–, entiendo que lo

hacen con todo el conocimiento de causa, es decir con todo el conocimiento posible sobre el método que están acordando, y lo verifican, además, libre y voluntariamente, sin que nadie les haya obligado a ello, siendo la prueba más evidente de tal hecho la firma del documento⁶⁰⁷. Por tanto, si surgido el conflicto, alguna de las partes considera acudir directamente a otro método distinto de resolución del mismo, entiendo que está renunciando a la mediación y puede hacerlo perfectamente, porque no hay que olvidar que uno de los fundamentales principios rectores de la misma, y así está configurado en la propia Ley, es la voluntariedad.

Para MARTÍN DIZ, el incumplimiento de la cláusula de sometimiento a mediación podría conllevar una serie de consecuencias para la parte que lo verifique. Sostiene el citado autor que “tanto si el deber incumplido es de rango y procedencia normativa como si aparece expresamente contenido en el *contrato* o compromiso de sometimiento a mediación del conflicto, y siempre y cuando la parte afectada pueda demostrar y cuantificar de forma precisa los daños, sí serían ejercitables acciones judiciales al respecto, por cuanto se han lesionado legítimas expectativas de solución de un conflicto, que sigue latente y habrá de ser resuelto en otra vía, y

⁶⁰⁷ Según BARONA VILAR, “las notas que permiten caracterizar este pacto son: 1º.- Es un pacto entre las partes. Esta consideración, por tanto, supone que estamos ante un contrato, en el sentido de acuerdo de voluntades, manifestado por dos o más personas con capacidad para ello que se obligan en su virtud, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse. En cuanto existe pacto, concurre el elemento volitivo exigido para atribuir naturaleza de contrato, en cuanto a la existencia del querer interno, de la voluntad que se manifiesta en el consentimiento de ambas partes. 2º.- En cuanto a la forma de presentarse el pacto de sometimiento de las partes a mediación, podría entenderse como resultante de un contrato principal en el que se configurare como cláusula dentro del mismo, aun cuando puede también presentarse como acuerdo independiente, si bien en ambos casos presenta autonomía jurídica, tanto en cuanto a los elementos que lo integran como respecto de la validez o existencia del contrato en el que conste (...). 3º.- Ese pacto recoge, como objeto, el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que pueden surgir entre las partes. Se recoge, por ello, la voluntad de comprometerse a someterse a mediación, algo que recuerda al antiguo contrato de compromiso de arbitraje de legislaciones anteriores (...). 4º.- El compromiso de someter a mediación implica una voluntad de consenso de acudir a mediación, de otorgar el encargo de mediación a una institución de mediación o a un mediador, generando más allá de las partes, obligaciones y derechos derivados del pacto de sometimiento. Es por ello que el pacto de sometimiento es el inicio consensuado de creación de nuevas relaciones jurídicas, contractuales en todo caso, en atención al contrato de arrendamiento de servicios que se va a generar como consecuencia de la práctica del pacto de sometimiento (...). 5º.- El efecto jurídico que se produce es el de facultar a las partes para exigirse *ad invicem* la necesidad de acudir a mediación (...)”.BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 373-375.

cuya demora puede causar evidentes daños (y no sólo económicos, sino morales)⁶⁰⁸.

Entiendo que si el legislador ha establecido la voluntariedad y la libre disposición como los primeros principios rectores de la mediación, no tiene sentido intentar “forzar” a las partes a acudir a la misma porque será bastante complicado que las partes muestren la más mínima predisposición tan siquiera a iniciar conversaciones.

Mecanismos como la declinatoria, prevista en la Ley, no van a hacer sino dilatar y entorpecer el acceso a la Justicia del ciudadano que ha optado por otra vía distinta a la mediación para dar satisfacción a su conflicto, pero no van a conseguir, normalmente, que la parte “obligada” a intentar la mediación contra su voluntad se quede en la misma, a diferencia de otros mecanismos, como el arbitraje, que sí implican que la parte obligatoriamente haya de someterse al mismo hasta el final⁶⁰⁹.

Como comenté con anterioridad, la Ley 10/2012, conocida como *Ley de tasas*, probablemente pueda contribuir a que las partes que han introducido una cláusula de sumisión a mediación en un contrato, surgido el conflicto, –y ante el riesgo de ver archivado el procedimiento judicial interpuesto y tener que interponer uno nuevo, con las graves consecuencias económicas que ello conllevaría–, al menos acudan a la sesión informativa, teniéndose por intentada en tal caso la mediación, aunque luego no decidan continuar en ella.

Por tal motivo, es fundamental que se haga una buena sesión informativa donde se explique perfectamente a las partes cuáles son los beneficios o ventajas que la

⁶⁰⁸ MARTÍN DIZ, F., *La mediación como sistema complementario...*, op. cit., pág. 103.

⁶⁰⁹ En este sentido, BARONA VILAR apunta que “este acuerdo de sometimiento a mediación puede encontrar algunas líneas de inspiración en el artículo 9 de la Ley 60/2003 de arbitraje, que regula de forma bastante más minuciosa el sometimiento de las partes a arbitraje mediante un convenio arbitral y las diversas modalidades del mismo, aun cuando no es exactamente lo mismo, por cuanto no tiene las mismas implicaciones someterse a arbitraje que es alternativa a la vía jurisdiccional, y, por tanto, claramente excluyente, y exigible, que someterse a mediación, dado que en este caso es posible acudir con posterioridad a la jurisdicción o al arbitraje, amén de las dificultades, si no imposibilidades de hacer exigible lo pactado, que es acudir a mediación, más allá de la declinatoria a la que se refiere el artículo 10 de la Ley de mediación y solo ejercitable en el supuesto de un intento de acudir a la vía judicial sin haber respetado el acuerdo de acudir a mediación, y a los efectos del denominado *desistimiento* por inasistencia a la fase de información”. BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 372-373.

mediación puede ofrecer para la resolución de su conflicto en particular frente a otros mecanismos de resolución.

Entiendo que es más productivo intentar impulsar la mediación a través de su correcto conocimiento, que mediante la imposición de otros métodos coactivos que pueden llevar a que las partes contemplen la misma como un trámite que hay que cumplir para no recibir consecuencias negativas o desfavorables, pero que no les aporta beneficio alguno.

Ello no obsta, a que considere conveniente que, en determinadas ocasiones, –sobre todo en los asuntos de familia donde haya implicados menores de edad–, se obligue a las partes a acudir a una sesión donde se informe a las partes que vayan a iniciar un proceso contencioso sobre las características y ventajas que la mediación puede reportar para la gestión de su conflicto.

Entiendo que en este caso no se está obligando a las partes a “intentar” la mediación, sino simplemente a “conocer” la misma y reflexionar seriamente sobre su conveniencia.

2.1.2 Efectos de la presentación de la solicitud de mediación

A. Imposibilidad de ejercitar otro tipo de acciones judiciales o extrajudiciales

La presentación de la solicitud de mediación produce un efecto similar al de la litispendencia no pudiendo las partes, tal y como se establece en el art. 10.2 de la Ley, ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el mismo objeto, durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, salvo solicitar la adopción de medidas cautelares u otras medidas urgentes para evitar la pérdida de bienes y derechos.

Si alguna de las partes lo hiciere, la otra podrá alegar la declinatoria de jurisdicción como mecanismo procesal para paralizar la tramitación del procedimiento judicial interpuesto.

En este caso, vuelvo al razonamiento efectuado anteriormente, entiendo que si una de las partes, una vez iniciada la mediación, decide iniciar un procedimiento

judicial o extrajudicial de resolución de conflictos es que ha decidido abandonar la mediación y el mediador, en consecuencia, habrá de poner fin a la misma en cuanto tenga constancia de tal extremo.

De hecho, en el art. 6.3 de la Ley se señala expresamente que “nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”. No tiene sentido mantener abierto un procedimiento de mediación cuando una de las partes ha decidido acudir a otra vía distinta para resolver el problema; la mediación sólo puede funcionar cuando existe una voluntad clara y evidente de las propias partes inmersas en el conflicto de querer solucionar el mismo, por tanto si una de las partes renuncia, bien expresa o tácitamente –como podría ser el caso de la parte que acude a otro método de solución–, no hay razón alguna para seguir adelante con dicho procedimiento de mediación.

Aunque no se señala así expresamente en el art. 16 de la Ley, otra posible forma de iniciar el procedimiento de mediación es a instancia del juez cuando las partes ya se encuentran inmersas en un proceso judicial abierto⁶¹⁰.

En este caso, el órgano judicial puede sugerir a las partes la posibilidad de que acudan a mediación por entender que, quizás, a través de la misma puedan gestionar de mejor forma el litigio que les ocupa y llegar a una solución consensuada que ponga fin al mismo.

La mediación conectada con los tribunales o por derivación judicial, de la que me ocuparé más extensamente más adelante, se encuentra contemplada en distintos preceptos de la Ley 5/2012 y de la propia LEC que ve modificados algunos de sus artículos precisamente por la Ley 5/2012.

Así, en la Disposición final tercera se prevé la modificación de distintos artículos de la LEC, entre ellos de los relativos a la regulación del juicio ordinario y del juicio verbal.

⁶¹⁰ Ya en el art. 5.1 de la *Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, se señalaba que “El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio. Asimismo el órgano jurisdiccional podrá pedir a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles”.

Respecto del juicio ordinario, se acuerda la modificación del art. 414 y se establece la “obligación” del secretario judicial de informar a las partes en la citación para la celebración de la audiencia previa, si no se hubiera realizado antes, de la “posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma”. Me parece acertado el recurso a la información a las partes de la posibilidad de iniciar una negociación o una mediación como vía para intentar poner fin al conflicto de forma pacífica, es una buena forma de que las partes tengan efectivo conocimiento de la existencia de dicha posibilidad y que además le presten mayor atención al provenir dicha información precisamente del órgano judicial.

No considero conveniente que las partes tengan que dar “explicaciones” al juez en la audiencia previa acerca de los motivos que les han llevado a aceptar o no la sugerencia de iniciar una negociación o una mediación.

Si partimos de la voluntariedad de la mediación, no tiene mucho sentido esta indirecta “coacción” a las partes en el sentido de tener que dar las razones de por qué no han decidido aceptar la mediación, en su caso; tal circunstancia podría condicionar en cierta medida la decisión que las partes puedan adoptar al respecto, que no sería totalmente libre y voluntaria, y también podría condicionar la actitud posterior del juez en el procedimiento judicial si las razones ofrecidas por las partes no le resultan adecuadas.

Se señala igualmente en el art. 414 LEC que “la audiencia previa se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba.

En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que acudan a una sesión informativa”.

Como se puede apreciar, parece que existe un especial interés por parte del legislador en intentar aprovechar la audiencia previa para conseguir una solución acordada que pueda poner fin al proceso judicial iniciado y se faculta al juez para que inste a las partes a que acudan a una sesión informativa de mediación si entiende que el objeto litigioso hace recomendable tal posibilidad.

En este sentido, es preciso que los órganos judiciales tengan al menos un conocimiento básico de la mediación, de sus principios, ventajas y posibilidades, a fin de que la invitación que puedan hacer a las partes para acudir a la sesión informativa no quede en un mero brindis al sol, sino que dicha invitación se haga con conocimiento de causa, explicando claramente a las partes por qué él, desde su papel de juez, entiende que su asunto en particular es susceptible de ser mediado, por qué es recomendable que acudan a un procedimiento diferente, como es la mediación, a fin de obtener una solución distinta a la que se puede ofrecer desde un punto de vista estrictamente jurídico.

Si las partes son “instadas” e informadas adecuadamente por el órgano judicial y perciben las posibles ventajas de la derivación a mediación, muy probablemente al venir dicha recomendación directamente del juez, su actitud será mucho más receptiva hacia tal posibilidad.

En cuanto a la asistencia a la sesión informativa, el principal problema que se plantea es que en la actualidad los órganos judiciales no saben a dónde remitir a las partes a fin de recibir dicha sesión informativa.

Existen algunos, muy pocos, programas de mediación conectados con los tribunales, lo ideal sería que todas las sedes judiciales dispusieran de un servicio de mediación donde las partes pudieran recibir dicha sesión informativa, pero en la práctica son muy escasos los juzgados que hoy en día disponen de dicho servicio, por lo que si las partes tienen que acudir a mediadores privados que van a cobrar por su trabajo, lo normal es que las mismas rechacen dicha invitación ya que han realizado previamente un desembolso económico importante para hacer frente al proceso judicial, por lo que es bastante difícil que decidan voluntariamente hacer frente a nuevos gastos –a pesar de las ventajas que podrían obtener–.

En el art. 415 LEC, se recoge también la posibilidad de que en la misma audiencia previa sean las propias partes las que de común acuerdo soliciten al juez la posibilidad de suspender el proceso judicial para someter su conflicto a mediación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 19.4 de la propia LEC, habiendo en este caso el órgano judicial de comprobar únicamente para acceder a dicha petición que concurren los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes. Si no se llegase a acuerdo alguno en mediación, cualquiera de las partes podrá solicitar el levantamiento de la suspensión acordada y el nuevo señalamiento de fecha para la continuación de la audiencia previa.

Por lo que respecta al juicio verbal, básicamente se recogen idénticas previsiones, si bien en este caso al carecer el procedimiento del trámite de audiencia previa, la información a las partes sobre la posibilidad de recurrir a una negociación o a la mediación se hará por el secretario judicial en la citación para la celebración de la vista, habiendo las partes en la misma de explicar igualmente las razones de su decisión al respecto (art. 440.1 LEC).

También se prevé en la propia vista la posibilidad del juez de instar a las partes a acudir a una sesión informativa de mediación y de invitar a las mismas a utilizar tal método de gestión de conflictos a fin de lograr una solución acordada si entiende que el objeto del proceso es adecuado para ello. Se establece, asimismo, la posibilidad de que las partes de común acuerdo soliciten del juez la suspensión de la vista para acudir a mediación (art. 443 LEC).

B. Suspensión del proceso judicial

En el art. 16.3 de la Ley 5/2012, se hace referencia igualmente a la posibilidad que tienen las partes de solicitar, de conformidad con la legislación procesal, la suspensión de un proceso judicial abierto si de forma voluntaria deciden iniciar un procedimiento de mediación⁶¹¹.

⁶¹¹ A este respecto, en el art. 19.4 LEC se establece que “Asimismo las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de suspensión no supere los sesenta días”.

El tiempo máximo de suspensión sería el recogido en la LEC, es decir sesenta días, si bien, entiendo que si transcurrido dicho plazo las partes continúan en el procedimiento de mediación podrían solicitar del órgano judicial un nuevo aplazamiento del proceso judicial.

En cualquier caso, si transcurriese el plazo de sesenta días y las partes no solicitan del órgano judicial un nuevo plazo de suspensión o la reanudación del proceso judicial, no habría mayores consecuencias, quedando los autos archivados provisionalmente y comenzando el plazo de caducidad de la instancia de dos años fijado legalmente para los procesos que se encuentren en primera instancia, hasta que las partes pongan en conocimiento del Juzgado que han llegado a un acuerdo en mediación o bien insten del mismo la reanudación del proceso judicial por no haber sido posible dicho acuerdo.

C. Suspensión de los plazos de prescripción y caducidad

Otro de los efectos de la solicitud de mediación, tal y como se establece en el art. 4 de la Ley 5/2012, es que dicha solicitud “suspenderá la prescripción o caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso”. Para que la mediación pueda tener lugar es fundamental generar confianza en las partes y ésta sería imposible de alcanzar si no se garantiza a las mismas que en caso de no llegarse a ningún acuerdo, no se producirá ninguna repercusión negativa sobre su derecho de acceso a los tribunales.

La tutela judicial efectiva es un derecho básico consagrado constitucionalmente y su eventual puesta en peligro obviamente puede generar desconfianza, por ello la paralización de los plazos legales de prescripción y caducidad durante el desarrollo del procedimiento de mediación es una medida básica para que la implementación de la mediación tenga el debido éxito y evitar posibles reticencias de las partes y la instrumentalización de la mediación por alguna de ellas.

Ha de tenerse en cuenta que la mediación es un método de gestión de conflictos que pretende que las partes alcancen una solución, pero no se garantiza la misma

en todo caso, ya que ésta va a depender siempre de la exclusiva voluntad de dichas partes.

En consecuencia, podría darse la posibilidad de que alguna de las partes intentase acudir a mediación con el fraudulento fin de dilatar la resolución del conflicto y, de esta forma, hacer transcurrir los plazos legales para el ejercicio de acciones judiciales⁶¹².

El legislador, con buen criterio y para evitar posibles desincentivos o un mal uso de la mediación, ha previsto la suspensión tanto de los plazos de caducidad, como de los de prescripción para el ejercicio de acciones judiciales frente a la regla general de su interrupción⁶¹³.

Tal y como señala BARONA VILAR, “se produce un tratamiento *sui generis* en estos preceptos a la prescripción, dado que habitualmente se produce suspensión de la caducidad e interrupción de la prescripción, empero aquí el efecto suspensivo lo es

⁶¹² En este sentido, tal y como pone de manifiesto BONET NAVARRO, “conceptualmente la interrupción de la prescripción regulada por la ley conviene cuando se ejercita de alguna manera el derecho controvertido. A la interrupción de la prescripción hay que aplicar en cada caso, lo dispuesto en los arts. 1973 y 1943 ss. CC, con especial referencia a los casos en que se considerará no hecha la interrupción (art. 1946 CC). Pero al acudir a la mediación no se ejercita ningún derecho controvertido; simplemente se pone en juego la posibilidad de disponer sobre ese derecho para llegar –mediante el acuerdo– a una nueva regulación de las relaciones entre las partes interesadas. Si esta conducta acarrearla la interrupción del plazo de prescripción, el efecto sería extraordinariamente desproporcionado en el caso de que no se llegara al final a ningún acuerdo total. Incluso podría constituir un sistema favorecedor indirectamente de actuaciones de mala fe; para ganar el tiempo perdido en la defensa del derecho. Por el contrario, si se llega a un acuerdo transaccional total, la interrupción de la prescripción de los derechos y acciones no tiene ningún significado, porque no vuelve a contar el plazo interrumpido, sino que, surgiendo nuevos derechos y acciones del pacto otorgado, el conflicto compuesto queda atrás (ya no hay acciones de unos derechos que se han visto sustituidos por otros) con el establecimiento de nuevos plazos para la prescripción de esos nuevos derechos”. BONET NAVARRO, A. (Dir.), *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 106-107.

⁶¹³ La Directiva permitía a los Estados regular este aspecto como tuviesen por conveniente, así en el Considerando 24 señalaba que “Con el fin de alentar a las partes a hacer uso de la mediación, Los Estados miembros deben garantizar que sus normas sobre plazos de caducidad y prescripción no impidan a las partes recurrir a los tribunales o al arbitraje en caso de que fracase su intento de mediación. Los Estados miembros deben asegurarse de que se obtenga este resultado, aun cuando la presente Directiva no armonice las normas sobre prescripción y caducidad...” e igualmente en el art. 8 establece que “1. Los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación.”. Otros Estados miembros, por ejemplo Grecia, han optado por la interrupción de los plazos de prescripción y caducidad, véase ORFANO, M., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles en Grecia. Panorama actual y una perspectiva comparativa: comentario a la Ley 3898/2010”, *Riedpa.com, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, www.riedpa.com, Nº 1, 2011, pág. 12.

para ambas instituciones. Se pretende con ello que el periodo de tiempo en el que se halla pendiente la mediación no compute ni para el ejercicio de la acción ni para el ejercicio de actos procesales”⁶¹⁴.

La configuración de la suspensión de los plazos se produce además de forma automática, actúa *ex ope legis*, por lo que dicha suspensión no ha de ser solicitada por las partes.

La determinación del día de inicio y del día de finalización del proceso de mediación, cuando el mismo no ha concluido mediante acuerdo, es clave para la seguridad jurídica de las partes.

En este sentido, en la Ley se establece que la fecha de inicio para el cómputo del plazo de suspensión comenzará con la presentación de la solicitud de mediación por una de las partes o desde su depósito en una institución de mediación. La suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo o, en su defecto, del acta final, o bien cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en el art. 22 de la propia Ley.

En la Ley, con el objetivo igualmente de desincentivar una mala utilización de la mediación, se determina un plazo de quince días naturales, desde que se recibe la solicitud de mediación, para la firma del acta de la sesión constitutiva, reanudándose el cómputo de los plazos de prescripción y caducidad si transcurre dicho término sin haberse verificado la misma.

2.2 INFORMACIÓN Y SESIÓN INFORMATIVA

Tal y como se establece en el art. 17 de la Ley 5/2012, una vez recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador o la institución de mediación ante la que se haya presentado la misma habrán de citar a las partes para la celebración de la sesión informativa.

⁶¹⁴ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 151.

2.2.1 Importancia y contenido de la sesión informativa

La sesión informativa es fundamental en el desarrollo de la mediación porque es donde el mediador habrá de “convencer” definitivamente a las partes de la idoneidad de la misma para la gestión de su conflicto y para la búsqueda de una solución a éste.

Tal y como se señala en la Ley, “en esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia, así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva”. El legislador hace una breve descripción de algunas de las cuestiones más relevantes que tendrán que ser transmitidas por el mediador a las partes en esta sesión, pero no es un catálogo cerrado, una buena sesión informativa tiene que ir más allá⁶¹⁵.

Así, en primer lugar es fundamental que el mediador explique claramente a las partes qué es la mediación, porque lo normal es que éstas, aunque puedan tener alguna idea o noción sobre la misma, no sepan claramente en qué consiste y porqué han de optar la misma y, en este sentido, es importante que la diferencien nítidamente de otros métodos de solución de conflictos, en particular del proceso judicial. Las partes han de ver y entender las razones por las que la mediación va a resultar adecuada para intentar dar una solución al conflicto que les atañe, por lo que no es suficiente que se explique en abstracto qué es la mediación, cuáles son sus características o sus ventajas, sino que las partes tienen que percibir que por la naturaleza y la circunstancias de su conflicto, la mediación es la mejor vía para intentar resolver el mismo, y es labor fundamental del mediador conseguir tal percepción en las partes.

⁶¹⁵ Tal y como señala BARONA VILAR, “el artículo 17 de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles incorpora una serie de conceptos y contenidos que pueden desplegarse en esta fase, que son las líneas básicas de fase. No es en absoluto, ni puede serlo, una norma imperativa, sino unas reglas de referencia que permiten integrar los contenidos propios de la información”. BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 389.

Ha de explicarles igualmente cualquier posible causa que pueda afectar a su imparcialidad en el procedimiento. Hace referencia la concurrencia de las causas referidas en el art. 13, es decir si existe algún tipo de relación personal, contractual o empresarial con alguna de las partes, si tiene algún interés directo o indirecto en el resultado de la mediación o si el mediador o alguien de su organización ha actuado anteriormente a favor de alguna de las partes en cualquier otra circunstancia que no haya sido una mediación.

En estos casos el mediador sólo podrá aceptar dar inicio a la mediación si las partes, una vez conocida la concurrencia de alguna de las citadas causas, consienten expresamente la intervención de dicho mediador y éste les garantiza que tal circunstancia en ningún caso le va a impedir mediar en el procedimiento con total imparcialidad.

Por lo que respecta al tema de la información que ha de prestar el mediador a las partes respecto de su profesión, obviamente se refiere a su profesión de origen, si bien entiendo esto puede tener cierta relevancia cuando dicha profesión de origen realmente tenga algún tipo de relación o vínculo con el asunto que se vaya a tratar, por ejemplo cuando el mediador sea abogado y se vaya a mediar en un asunto donde se están discutiendo cuestiones jurídicas, o cuando el mediador sea psicólogo y el asunto a mediar sea un tema familiar, o cuando el mediador sea médico y la cuestión verse sobre un tema de responsabilidad profesional en el ámbito sanitario.

Sin embargo, considero que tal información carece de relevancia si realmente la profesión de origen del mediador no guarda relación alguna con el asunto a mediar, habiendo en este caso el mediador de incidir en su adecuada capacitación, precisamente en mediación, para llevar adelante el procedimiento con las debidas garantías.

El mediador habrá de informar igualmente a las partes sobre su formación y experiencia. Pese a que no se especifica claramente en la Ley, la información ha de referirse en todo caso a su formación en mediación y a su experiencia como mediador.

En lo que respecta a la formación en mediación, entiendo que es fundamental que el mediador esté debidamente capacitado para llevar la mediación de forma adecuada y sólo lo estará si ha recibido una buena formación; obviamente, no es igual haber realizado un máster universitario que un curso básico de cien horas, por lo que las partes probablemente confiarán más en el mediador si éste tiene una formación más completa.

En cuanto a la experiencia, no tiene sentido que el mediador aluda a su experiencia profesional como abogado, psicólogo o trabajador social, porque en este momento y ante las partes no va a ejercer como tal, sino como mediador, por lo que ha de hacer saber a las partes cuál es concretamente su trayectoria profesional en este ámbito en particular; al igual que sucede con la formación, cuanta más experiencia ostente el mediador, mayor será el grado de confianza que pueda generar en las partes.

Ha de hablar el mediador a las partes de las características de la mediación, incidiendo en los principios fundamentales de la misma, pero no se trata de que haga una exposición teórica de dichos principios. La sesión informativa es esencial para que el mediador consiga ganarse su aceptabilidad y la confianza de las partes, por lo que habrá de trabajar muy bien la información que hace llegar a las mismas, así no basta con que les transmita que la mediación es un proceso voluntario y confidencial y que su papel es el de un tercero imparcial que va a ayudarles a buscar una solución, habrá de imbuirles lo que dichos principios significan, haciéndoles saber que la voluntariedad implica que tienen una oportunidad de intentar gestionar su conflicto de forma diferente, que tienen que percibir que el método utilizado les está ayudando a la consecución de sus fines y que si no es así en cualquier momento pueden dejarlo y buscar una solución mejor, que en ningún caso se les va a forzar a llegar a una solución que no deseen, porque en definitiva ellas van a ser las verdaderas protagonistas del procedimiento.

El mediador habrá de explicarles también que toda la información que las mismas intercambien durante las sesiones de mediación va a tener carácter confidencial, por lo que no va a trascender, estando vetada legalmente, además, la posibilidad de que el mediador pueda ser llamado a un ulterior procedimiento adversarial a fin de

ser interrogado sobre cualquier tema o cuestión que haya podido ser tratado en dichas sesiones de mediación.

Por lo que respecta a la imparcialidad, habrá de describir cuál va a ser su rol durante el procedimiento de mediación como tercero neutral, transmitiendo a las partes la absoluta garantía de que en ningún momento se va a posicionar a favor o en contra de las posiciones y argumentos defendidos por ninguna de ellas, porque no le compete y porque su labor se limita a ayudar a ambas a avanzar en la búsqueda de un acuerdo mutuamente querido y aceptado que ponga fin a sus diferencias.

En definitiva, no basta con transmitir simplemente las cuestiones a las que hace referencia la Ley, sino que ha de hacerse de forma tal que las partes logren el convencimiento absoluto de que realmente la mediación es el método más adecuado para intentar dar solución a su conflicto.

Ha de informar también el mediador del coste que la mediación va a suponer para las partes, el cual dependerá de las tarifas que haya fijado libremente el mediador o la institución para la que preste sus servicios.

En cuanto a la información sobre la organización del procedimiento, ha de primar la flexibilidad y, en este sentido, el mediador habrá de hacer saber que serán las propias partes, junto con el mediador, quienes conformen cómo se va a desarrollar el procedimiento (número de sesiones, duración de las mismas, forma de establecer las citaciones, etc.).

Pese a que no se establezca expresamente en la Ley, en este momento se debe transmitir a las partes la posibilidad, contemplada en el art. 21.3, de que durante el desarrollo del procedimiento de mediación, cabe que el mediador que esté llevando a cabo el mismo pueda utilizar sesiones privadas con cada una de las partes por separado, si así lo estima oportuno.

Estas reuniones privadas o “caucus”, tal y como se las denomina en mediación, son una herramienta muy importante para el mediador, pues su utilización puntual en determinados momentos va a facilitar su labor, como comentaré más adelante. Considero que es importante que las partes conozcan desde el mismo momento de

la sesión informativa tal posibilidad y que se les explique el porqué y en qué pueden consistir dichas reuniones privadas a fin de que eliminen cualquier tipo de suspicacia o recelo que las mismas puedan suscitar.

Respecto de las consecuencias jurídicas del acuerdo que pudieran alcanzar las partes, el mediador ha de hacer saber a las mismas la posibilidad que éstas tienen de dotarle de eficacia jurídica plena y carácter ejecutivo si acuden a un notario y elevan el documento a escritura pública.

Habrà el mediador de explicarles, igualmente, que la información sobre las consecuencias jurídicas en particular del acuerdo alcanzado será función que ha de corresponder en cualquier caso a los abogados o asesores jurídicos de las respectivas partes y no al propio mediador.

Por último, el mediador deberá hacer saber a las partes que disponen de un plazo de quince días naturales desde la recepción de la solicitud de inicio de mediación para la firma de la sesión constitutiva y que si no lo hacen en el citado plazo se reanudarà el cómputo de los plazos de prescripción y caducidad que había quedado suspendido en el momento de la presentación de la citada solicitud.

2.2.2 Citación de las partes a la sesión informativa

Una vez sea presentada la solicitud de inicio de la mediación, las partes habrán de ser citadas para la sesión informativa en el más breve plazo de tiempo posible a fin de que tengan tiempo suficiente para reflexionar y consultar con quien tengan por conveniente si deciden iniciar formalmente el procedimiento de mediación mediante la firma de la oportuna sesión constitutiva.

En este sentido, apunta SOLETO MUÑOZ que “la sesión informativa puede darse separadamente de las sesiones de mediación o de forma continuada, es decir, una vez las partes asienten a participar en la mediación se inicia la mediación, o bien de forma separada, estableciéndose un tiempo y momento tasado para realizar la

sesión informativa y otros momentos para las sesiones propiamente de mediación”⁶¹⁶.

Respecto de la citación a las partes, tal y como señala BARONA VILAR, “es necesario saber el lugar en el que debe realizarse la misma, lo que, ante la ausencia de norma específica, debería efectuarse en cualquier lugar en que la persona pudiese ser hallada y pueda constatarse el intento de comunicarse con ella a los efectos de poner en conocimiento la existencia de la puesta en marcha del procedimiento de mediación”⁶¹⁷. Lo normal, en cualquier caso, es que sea la parte o partes solicitantes de la mediación las que faciliten el domicilio o la forma en que desean ser citadas para la celebración de la sesión informativa.

En caso de ser citadas, tal y como se establece en el art. 17 de la Ley, si se produce la inasistencia injustificada de alguna de las partes a la sesión informativa habrá de entenderse que desisten de la misma y además la información de qué parte no asistió a dicha sesión no tendrá carácter confidencial, por lo que, entiendo, dicha circunstancia podrá, en su caso, ser apreciada por el juez en un ulterior proceso judicial a fin de determinar la posible concurrencia de mala fe en dicha parte para su posterior condena en costas.

2.2.3 Modalidades de sesión informativa

Se hace referencia en la Ley a dos diferentes modalidades de sesión informativa, por un lado la ya comentada del mediador con las partes que han solicitado la mediación y, por otro, se hace alusión en el art. 17.2 a la posibilidad de que las instituciones de mediación puedan organizar sesiones informativas abiertas para todas aquellas personas que puedan estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, sin que en este caso estas sesiones sustituyan a las primeras.

Comparto la opinión de BARONA VILAR cuando afirma que “probablemente no es el lugar más feliz en el que debería haberse ubicado, por cuanto se refiere a la

⁶¹⁶ SOLETO MUÑOZ, H., “El procedimiento de mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de...*, 2ª ed., op. cit., pág. 265.

⁶¹⁷ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 395.

posible información o difusión que desde las instituciones mediadoras pueda hacerse al público en general, no a las partes que ya están vinculadas al procedimiento de mediación, y que tienden, en suma, a dar a conocer las características, costes, consecuencias del acuerdo, entre otras, y cuantas referencias se hacen necesarias para difundir e impulsar la mediación”⁶¹⁸.

En cualquier caso, es una buena muestra de la intención del legislador de buscar mecanismos para difundir e impulsar la mediación, lo cual resulta absolutamente necesario dada la situación actual de desconocimiento casi generalizado de la institución.

En otros países se utilizan fórmulas similares con muy buen resultado. En Estados Unidos por ejemplo, en algunos Estados existe la obligación de acudir a este tipo de sesiones informativas abiertas cuando se pretende interponer un procedimiento judicial de separación o divorcio y existen hijos menores, así los padres tienen que presenciar una charla donde se les informa sobre los efectos de la ruptura en los menores y sobre la mejor forma de gestionar esta situación, instándoles a que presenten un cuaderno o plan parental en el que habrán de hacer constar los acuerdos alcanzados respecto de todas aquellas cuestiones que afecten a sus hijos⁶¹⁹.

Las instituciones de mediación están llamadas, pues, a desempeñar un importante papel en este sentido y habrán de organizar sesiones informativas abiertas dirigidas al público en general o a aquellos colectivos particulares que entiendan oportuno, a fin de hacer llegar a los mismos el conocimiento y las ventajas de la mediación en el ámbito civil y mercantil, siendo muy importante tal labor en orden a difundir e ir asentando poco a poco la cultura de la mediación.

⁶¹⁸ Manifiesta igualmente la referida autora que “técnicamente hubiere sido más correcto no ubicar el apartado 2 del artículo 17, vinculándolo al artículo 5 de la Ley, referido expresamente a las instituciones de mediación y a las funciones que despliegan, así como a la Disposición adicional segunda que se centra en el impulso de la mediación, precisamente y expresamente al impulso que desde las Administraciones públicas se pretende llevar a cabo a efectos de proveer la *puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial*”. BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 390.

⁶¹⁹ Vid.<http://www.supremecourt.ne.gov/5942/office-dispute-resolution>.

2.3 SESIÓN CONSTITUTIVA

2.3.1 Función de la sesión constitutiva

En la sesión constitutiva las partes van a plasmar formalmente su voluntad de iniciar el procedimiento de mediación, constituyéndose como el acto que da inicio a dicho procedimiento. Así se señala expresamente en el art. 19 de la Ley que establece que “el procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación”.

De esta sesión constitutiva se ha de levantar un acta que habrá de ser firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores que vayan a intervenir y que ha de recoger una serie de aspectos, que igualmente se establecen en el art. 19, y son:

- La identificación de las partes
- La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por las partes
- El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación
- El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación
- La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos
- La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas
- El lugar de celebración y la lengua del procedimiento

Tal y como señala VILALTA NICUESA, la sesión constitutiva “constituye en esencia el contrato de mediación, documento a través del cual las partes y el mediador acuerdan el inicio de ésta y se obligan a mantener una actitud adecuada conforme a la buena fe, el uso y la ley, tendente a intentar lograr por ellas mismas la

resolución del conflicto. Como todo contrato, éste se verá afectado por la normativa general aplicable a toda relación contractual”⁶²⁰.

La sesión constitutiva no tiene por qué realizarse ante el mismo mediador que llevó a cabo la sesión informativa, es posible que en la práctica sea además frecuente tal circunstancia. En consecuencia, en la sesión constitutiva el mediador o mediadores, que, generalmente, sí serán los mismos que vayan a llevar a cabo el procedimiento de mediación, habrán de incidir previamente en las cuestiones que fueron objeto de la sesión informativa y preguntar a las partes si tienen alguna duda al respecto y si están convencidos de las razones que les llevan a intentar la mediación, si es así acto seguido procederán a la firma del acta de sesión constitutiva y, normalmente, darán inicio a la primera sesión del procedimiento de mediación.

2.3.2 Contenido de la sesión constitutiva

Por lo que respecta a las diferentes cuestiones que han de constar expresamente en la sesión constitutiva, en cuanto a la identificación de las partes, como es lógico, habrán de constar claramente en el acta sus nombres y apellidos, sus domicilios a efectos de posibles notificaciones, así como cualquier otro dato que se entienda relevante a los citados efectos, como número de teléfono, correo electrónico, etc.

En cuanto a la designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por las partes, como he comentado anteriormente, lo normal es que la sesión constitutiva se firme ante el mismo mediador o mediadores que vayan a llevar a cabo la mediación, por lo que dicha designación se habrá realizado previamente y lo que se hará en la sesión constitutiva es refrendar la misma. Se habla en el art. 18 de la Ley de la posibilidad de que sean más de uno los mediadores que puedan realizar la mediación, sin embargo tal eventualidad parece no haber sido contemplada en el art. 19 que se refiere simplemente al mediador, en singular, o a la institución de mediación, en su caso.

⁶²⁰ VILALTA NICUESA, A.E., *Mediación y arbitraje electrónicos*, op. cit., pág. 102.

El tercero de los aspectos que ha de constar en la sesión constitutiva es la referencia al objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación. Entiendo que lo que se ha de hacer es una descripción genérica de dicho objeto, no entrando en los detalles del conflicto que afecta a las partes, por ejemplo bastaría con señalar que la mediación versa sobre una reclamación de alimentos, o sobre incumplimiento del pago de rentas derivadas de un contrato de arrendamiento, o sobre reclamación de cantidad derivada de un contrato de suministro, etc.; es decir simplemente habría que señalar la cuestión litigiosa que, a priori, ha llevado a las partes a mediación, porque es posible que durante el desarrollo del procedimiento las partes discutan sobre cuestiones diferentes o adicionales que quieran tratar y que guarden relación con el objeto principal.

En cuanto a la necesidad de que conste en el acta de sesión constitutiva el programa de actuaciones y la duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación, parece entrar en cierta contradicción con la predicada flexibilidad del procedimiento de mediación, “obligando” tanto a las partes como al mediador a hacer una previsión de la duración del procedimiento que, por otro lado tal y como se dispone en el art. 20 de la Ley habrá de ser “lo más breve posible”, concentrándose sus actuaciones en el mínimo número de sesiones.

El legislador, con la idea de que el procedimiento sea lo más rápido posible, parece forzar en cierta medida a las partes y sobre todo al mediador, que es quien habrá de fijar el programa de actuaciones y el número máximo de sesiones previstas, a que agilicen el mismo, pero sin fijar un plazo máximo temporal de duración –lo que, por otra parte, me parece correcto, toda vez que fijar un plazo máximo tasado sí que implica ir contra la predicada flexibilidad del procedimiento y la disponibilidad que del mismo han de tener las partes–.

La flexibilidad supone que han de ser las partes y el mediador los que determinen cuál habrá de ser el número de sesiones necesario, dependiendo en todo caso de la naturaleza y complejidad de las cuestiones a tratar.

La mayoría de las legislaciones autonómicas que han regulado la mediación

determinan la duración máxima del proceso de mediación⁶²¹. Considero que no es conveniente fijar un límite o un período máximo de duración, dado que, en ocasiones, podría forzar a las partes a abandonar la mediación o a llegar a acuerdos no bien trabajados, por lo que han de ser las partes y el mediador los que en el cualquier caso, determinen la duración del mismo.

Es posible que el legislador haya entendido que es conveniente poner un límite en cuanto al número de sesiones a desarrollar y ello para intentar “obligar” a las partes a avanzar en el procedimiento y en la búsqueda del acuerdo, de forma que no puedan utilizar dicho procedimiento para otros fines que no sean precisamente la búsqueda de ese acuerdo final.

En la práctica, lo normal es que una mediación que verse sobre cuestiones de naturaleza puramente mercantil o cuestiones civiles atinentes al ámbito estricto del Derecho privado, no dure más allá de dos o tres sesiones, siendo frecuente que puedan resolverse incluso en una única sesión; sin embargo, cuestiones más complejas, como las atinentes al ámbito familiar, donde hay que realizar un trabajo más intenso, probablemente requieran de varias sesiones, por lo que se va a hacer más complicado calcular el número máximo, si bien se puede fijar inicialmente un número previsto y en función del desarrollo del procedimiento ampliarlo o modificarlo.

En el ámbito de la mediación privada, donde las partes habrán de hacer frente a los honorarios que sean devengados en el procedimiento, es probable que las partes trabajen más activamente en la búsqueda del acuerdo y que por tanto necesiten de un número de sesiones no muy alto, a diferencia, por ejemplo, de los asuntos derivados del tribunal donde, además de la posibilidad de que el asunto se encuentre ya más enquistado y por tanto sea más difícil avanzar en el mismo, probablemente no haya que cubrir los gastos de la mediación, por lo que también las partes pueden tender a tener menos urgencias.

⁶²¹ “Por regla general, la duración de la mediación no podrá ser superior a tres meses (a contar desde la celebración de la sesión inicial), con posibilidad de ampliación, de forma excepcional, por otros tres para la consecución del acuerdo”. Vid. GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de...*, op. cit., pág. 365.

A este respecto, señalan BARRAL y otros que “en este sentido se apreciaría una diferencia entre la práctica de la mediación privada y la intrajudicial, en la que la primera sería más adaptable y aformal que la segunda, que debe regirse por un protocolo de actuación estandarizado, con un número de sesiones preestablecido y unos actos rituales de inicio y final. No se está efectuando un juicio de valor, sino la constatación de que en la mediación privada pueden eludirse dichos actos rituales, si el mediador lo considera oportuno. En ambos casos, toda regulación jurídica de la mediación debería preservar los principios de flexibilidad y de libertad de los implicados y del mediador a estar y conducir el proceso”⁶²².

En lo que respecta a la información relativa al coste de la mediación o al menos a la fijación de las bases que sirvan para su determinación, el mediador habrá de hacer saber a las partes cuáles van a ser los gastos del procedimiento diferenciando aquellos que van a corresponder a los honorarios del propio mediador o mediadores de aquellos otros posibles gastos que puedan generarse, como podrían ser por ejemplo los derivados de la intervención de algún perito o técnico, o los gastos que pueda repercutir la institución de mediación que facilite el servicio. Las partes con la firma del acta de sesión constitutiva aceptan dichos honorarios y, tal y como se señala en el art. 15, tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen oportuna a fin de dar inicio al procedimiento. En el caso de que alguna de las partes no hiciese frente al pago de la provisión de fondos solicitada, el mediador, o la institución de mediación en su caso, podrán decidir no iniciar el procedimiento de mediación, si bien cabe la posibilidad de que se comunique tal incidencia al resto de partes para que puedan suplir dicha provisión si lo estiman oportuno. El coste de la mediación habrá de dividirse a partes iguales entre las partes, salvo que las mismas hayan acordado otra cosa.

También habrá de constar en el acta de sesión constitutiva la declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas. Con la firma del acta de sesión constitutiva se entiende que las partes aceptan la mediación, con todo lo que la misma conlleva, si

⁶²² BARRAL, I., LAUROBA, E., MARTÍN, A. et al., “El concepto jurídico de la mediación”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco...*, op. cit., pág. 186.

bien el legislador ha querido dejar constancia fehaciente y por escrito de la voluntad expresa de las partes. Además, la formalización del acta en un documento firmado por las partes es un aspecto fundamental porque dicho documento es exigido posteriormente, junto con el acuerdo de mediación logrado en su caso para que éste último pueda ser elevado a escritura pública y, en su virtud, adquirir eficacia ejecutiva⁶²³.

Por último, en el acta habrá de constar igualmente el lugar donde va a llevarse a cabo la mediación, así como la lengua en la que se va a desarrollar la misma.

Por lo que respecta al lugar, no se especifica si habrá de constar únicamente la ciudad o la localidad donde va a tener lugar la mediación, o si también es necesario hacer referencia concreta al lugar exacto en el que se van a realizar las sesiones, es decir al despacho del mediador o de la institución de mediación que vaya a prestar el servicio. Entiendo que bastaría con que conste la localidad o ciudad, ya que el legislador ha dado importancia al lugar posiblemente pensando en la competencia del tribunal que haya de ejecutar en su caso el acuerdo de mediación en caso de incumplimiento del mismo.

En los casos de mediación realizada a través de medios electrónicos, este tema probablemente pueda dar pie a problemas de ejecución, por lo que creo que habrá de fijarse en cualquier caso, aunque no exista una sede física, un lugar a efectos precisamente de la posible ejecución de los acuerdos.

En cuanto a la lengua en la que se van a desarrollar las sesiones de mediación, obviamente será la libremente decidida por las partes de común acuerdo, no pudiendo imponerse la misma por una sola de las partes si la otra no está de acuerdo, porque en tal supuesto, y al ser totalmente voluntaria la mediación, dicha parte no firmaría el acta de sesión constitutiva. Las partes, por supuesto, pueden hacerse valer de la intervención de traductores o intérpretes si lo consideran oportuno.

⁶²³ Vid. SOLETO MUÑOZ, H., “El procedimiento de mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de...*, 2ª ed., op. cit., pág. 266.

2.4 DESARROLLO DE LAS SESIONES DE MEDIACIÓN

2.4.1 La flexibilidad como eje fundamental de las actuaciones del mediador

Una vez firmada el acta de sesión constitutiva por la que formalmente se da inicio al procedimiento de mediación, la nota fundamental que va a regir el desarrollo de las sesiones es la ya reiterada flexibilidad. En este sentido, el mediador junto con las partes configurará una agenda de trabajo que va a definir el curso del procedimiento.

Señala BARONA VILAR que “el desarrollo del procedimiento se va a llevar a cabo de manera que la flexibilidad, la autonomía de la voluntad de las partes, la pérdida del valor central de la ley en beneficio del principio dispositivo también procedimentalmente hablando, el mediador como figura esencial en la conformación del procedimiento, y la posible existencia de una reglamentación institucional que ofrezca un orden y una dinámica abierta y flexible en todo caso para el desarrollo del procedimiento de mediación, van a ser las variables que van a intervenir en cada caso concreto a la hora de pergeñar, desarrollar y culminar el procedimiento de mediación”⁶²⁴.

Desde el propio Preámbulo de la Ley 5/2012 ya se señala que “el régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes” y que el procedimiento regulado en la misma es “un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales”.

A pesar de esta flexibilidad, en el art. 21 de la Ley se establecen unas breves directrices acerca del desarrollo de las actuaciones de mediación y se señala que el mediador habrá de convocar a las partes para cada sesión con la antelación necesaria y que habrá de dirigir dichas sesiones de mediación, facilitando la exposición de las posiciones de las mismas y su comunicación de una manera equitativa y equilibrada.

⁶²⁴ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 410.

Se pone de manifiesto igualmente, que las comunicaciones entre el mediador y las partes podrá llevarse a cabo de forma simultánea o no, haciendo alusión a la posibilidad de la utilización de “caucus” o reuniones privadas entre el mediador y las partes si aquél lo considera oportuno para el buen desarrollo del procedimiento de mediación, habiendo en este caso de comunicar el mediador a las partes tal circunstancia y la absoluta confidencialidad de todo lo tratado en dichas reuniones, no pudiendo, en consecuencia, ser utilizada la información que cualquiera de las partes hubiese facilitado al mediador, ni documento alguno, salvo que hubiese obtenido autorización expresa de las mismas para hacerlo.

Por lo que respecta al desarrollo en sí de las sesiones de mediación, tal y como señala SOLETO MUÑOZ “serán dirigidas y convocadas por la persona mediadora con la antelación necesaria, pueden tener una duración variable, dependiendo de cómo se estructura el servicio y de las necesidades de las partes. Si habitualmente las sesiones son de cerca de una hora, no ha de sorprender que en ocasiones se estructuren sesiones de toda una mañana o incluso de dos o tres días seguidos, dependiendo de la naturaleza del conflicto y las necesidades de las partes”⁶²⁵.

Efectivamente, no hay dos procedimientos de mediación idénticos, cada conflicto, dependiendo de su naturaleza y de las circunstancias de las partes, requerirá de un tratamiento diferente. Así, como señalaba la citada autora, es habitual que los procedimientos de mediación tengan una duración variable, por ejemplo en mediaciones familiares las sesiones no suelen demorarse más de una hora u hora y media, porque el desgaste emocional que suponen tanto para las partes como para el mediador es importante no siendo recomendable alargarlas más allá de ese tiempo, sin embargo en mediaciones de carácter mercantil las sesiones suelen ser mucho más largas, pudiendo demorarse incluso toda una jornada, pero el número necesario de sesiones suele ser menor, siendo habitual, como ya he comentado, que estos temas en ocasiones se resuelvan en una sola sesión⁶²⁶.

⁶²⁵ SOLETO MUÑOZ, H., “El procedimiento de mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de...*, 2ª ed., op. cit., pág. 265.

⁶²⁶ Para VILALTA NICUESA “en las disputas comerciales no siempre se optimiza la mediación, porque tanto las partes como los propios mediadores tienden a considerar que el restablecimiento de las relaciones es secundario y que prima la solución económica de la disputa”. VILALTA NICUESA, A.E., *“Mediación y arbitraje...”*, op. cit., pág. 103.

2.4.2 La actuación del mediador durante el desarrollo del procedimiento de mediación

La tarea del mediador durante el procedimiento de mediación va a ser fundamental, como se señala en la Ley es la “pieza esencial del modelo”. Y lo primero que habrá de hacer el mediador es decidir si el asunto es mediable, es decir habrá de analizar si el conflicto que les es expuesto por las partes es susceptible de mediación, o bien si es más recomendable aconsejar a las mismas que utilicen otra vía más adecuada para gestionar y solucionar el mismo.

Deberá igualmente analizar si la actitud de las partes y la predisposición de las mismas es la correcta para afrontar un proceso de esta naturaleza, y también comprobar que dichas partes entienden perfectamente lo que implica la mediación y las consecuencias de la misma. Asimismo, es importante que compruebe que las partes han acudido libre, consciente y voluntariamente al procedimiento, es decir que no existe ningún tipo de presión o coacción para someter el conflicto a mediación.

A. Encuentro inicial

En la primera sesión o en el encuentro inicial con las partes, el mediador habrá de ganarse su confianza y generar el ambiente adecuado para que el procedimiento de mediación fluya correctamente.

Aunque no se haga expresa mención a tal extremo en la Ley, es importante que el mediador sienta una serie de normas o pautas de comportamiento que habrá de hacer llegar a las partes, a los fines de que el procedimiento transcurra adecuadamente y de reforzar su papel como director de dicho procedimiento. Entre estas “normas”, guardar los turnos de palabra y no interrumpir a la otra parte cuando esté hablando, no elevar el tono de voz, no utilizar descalificaciones o insultos personales, observar un lenguaje corporal adecuado, etc.; en definitiva, lo que van a permitir al mediador estas pautas es poder dirigir el proceso de

comunicación e interacción entre las partes, reconduciendo la actitud de alguna de ellas en caso de incumplimiento⁶²⁷.

Iniciada la primera sesión, habrá de recabar en primer lugar la información de las partes que considere precisa para hacerse una adecuada composición del conflicto, lo que además le va a permitir apreciar el grado de enfrentamiento entre las mismas. Si en este primer momento detecta que alguna de las partes no está siendo sincera o simplemente no está aportando la información que le está siendo requerida, puede perfectamente utilizar un “caucus” o reunión privada con dicha parte a fin de que la misma le manifieste en privado cuáles son los motivos que le están llevando a reservar dicha información, garantizándole en cualquier caso que dicha información tiene carácter absolutamente confidencial y que sólo podrá ponerla en común o compartirla con la otra parte si le presta su expresa autorización⁶²⁸.

A.1 Reuniones conjuntas y entrevistas individuales

De hecho, estas reuniones privadas están expresamente previstas en el art. 21.2 de la Ley 5/2012, que establece que “las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas”, lo que supone un reconocimiento legal expreso a esta forma de proceder en mediación.

⁶²⁷ A este respecto, señala CEBOLA MARQUES que “algunos mediadores prefieren establecer y presentar las citadas reglas a las partes como *guidelines* que las mismas tienen que observar obligatoriamente. Otros profesionales consideran oportuno definir dichas normas con los mediados una vez que van iniciando el diálogo y ya se fragua un cierto espíritu de negociación, percibiendo que es posible construir acuerdos entre ambos, así como que son capaces de negociar. Una vez más dependerá de las opciones del mediador, que deberá evaluar para ello la predisposición de los mediados y el tipo de conflicto”. CEBOLA MARQUES, C., *La mediación*, op. cit., págs. 204-205.

⁶²⁸ Para BARONA VILAR, “también las sesiones individualizadas permiten trabajar al mediador en aras de conseguir esta misión esencial, por cuanto ofrecen una vía para que aquellos que muestran mayores dosis de escepticismo ante el modelo de mediación puedan sentirse menos reacios a comunicar con el mediador, para poder igualmente verificar el mediador algunas posibilidades de acuerdo, sus límites. Estas comunicaciones individualizadas juegan igualmente un papel esencial cuando se trata de supuestos en los que pudiese existir real o ficticiamente una destacada entre las partes, provocada por una situación de poder, de sometimiento o simplemente como consecuencia del temperamento y carácter de cada uno de ellos, dado que el que se halla en una situación de inferioridad, cualesquiera que fuere la forma en que ésta pueda desplegarse, puede sentirse mucho más cómodo si trabaja con el mediador solo, que si lo hace con el contrario”. BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 265.

Como ya dejé apuntado anteriormente, el “caucus” es una herramienta que puede resultar muy útil para el mediador, pues puede ayudarle a conseguir información, a superar situaciones de bloqueo en la negociación entre las partes, a intentar equilibrar la posición entre las mismas cuando existen diferencias de poder o a reforzar la de alguna de ellas cuando sea necesario, a rebajar situaciones de tensión, o puede servir simplemente para que el mediador se encuentre más cómodo en el procedimiento. En este sentido, hay mediadores que prefieren trabajar en un primer momento por separado por las partes a fin de “preparar” a las mismas y sólo cuando entiende que efectivamente lo están procede a juntarlas y celebrar una sesión de forma conjunta, de hecho es una forma de trabajo bastante habitual en mediaciones de carácter mercantil⁶²⁹.

⁶²⁹ Para MOORE, *El proceso de...*, op. cit., págs. 415-417, “los problemas del procedimiento también pueden reclamar la celebración de esta reunión parcial. Las partes o el mediador pueden celebrar una reunión privada para aclarar o evaluar el procedimiento de mediación usado por una parte o conjuntamente por los litigantes, para diseñar procedimientos nuevos o para interrumpir el flujo de procedimientos negativos. Las reuniones parciales también pueden ser convocadas por las partes o el mediador para explorar cuestiones sustantivas, por ejemplo la declaración de intereses, la aclaración de posiciones, la identificación de nuevas ofertas o la evaluación de las propuestas de otra de las partes. Además, los mediadores pueden utilizar este tipo de reunión para:

- Aportar a las partes (o al mediador) una pausa cuando la presión que induce a progresar en la sesión conjunta es demasiado intensa y no promueve un intercambio productivo
- Reenfocar la motivación de las partes acerca de la razón por la cual un arreglo es importante, y cuáles son las alternativas existentes para el acuerdo negociado
- Revisar la comprobación de las propuestas de una parte en el marco de la realidad
- Alentar a una parte que duda de la posibilidad de satisfacer sus necesidades si continúa aplicando las actuales tácticas, que son insatisfactorias
- Actuar como caja de resonancia de una de las partes
- Desvelar información confidencial que quizá no ha sido comunicada en la sesión conjunta
- Controlar la comunicación entre las partes, de modo que se concentre la atención exclusivamente en la sustancia y se elimine toda la comunicación expresada por señales verbales o no verbales
- Instruir a un litigante inexperto en los procedimientos o la dinámica de la negociación
- Impedir las concesiones o el compromiso prematuro de una parte en la sesión conjunta, o prevenir la adhesión a una posición insostenible o dura
- Elaborar un documento negociador de texto único cuando las partes son excesivamente numerosas, las cuestiones muy complejas, o los sentimientos han alcanzado un alto nivel de acaloramiento que no permite los encuentros cara a cara
- Desarrollar alternativas de arreglo en un ambiente protegido de las evaluaciones prematuras
- Determinar si se ha establecido una gama de negociación aceptable (o debe creársela)
- Concebir propuestas u ofertas que más tarde serán llevadas a la sesión conjunta

SINGER considera que “el mediador sólo puede estar seguro de haber comprendido plenamente las necesidades de las partes cuando se ha reunido con ellas por separado”⁶³⁰.

Las sesiones individuales o “caucus”, también pueden ser solicitadas o sugeridas por las propias partes al mediador.

De esta forma, el procedimiento de mediación, dependiendo del tipo de conflicto o del mediador que vaya a llevar a cabo el mismo, puede desarrollarse íntegramente en sesiones conjuntas, donde todas las partes implicadas en el conflicto van a estar presentes en todo momento junto al mediador, es lo que se conoce como mediación directa; también puede suceder que todo el procedimiento se desarrolle a través de sesiones individuales, es decir del mediador por separado con cada una de las partes, es la llamada mediación indirecta; o puede suceder que estas entrevistas individuales sean utilizadas puntualmente por el mediador, como una herramienta más dentro del procedimiento, en cuyo caso cabe la posibilidad de que dichas sesiones individuales sean programadas previamente por el mediador o bien que puedan ser propuestas por éste espontáneamente y a la vista del desarrollo de dicho procedimiento.

A este respecto, apunta SOLETO MUÑOZ que “las entrevistas individuales o sesiones individuales con las partes son elementos contingentes, y su programación dependerá del tipo de conflicto a mediar, del desarrollo de las sesiones de mediación y de las inclinaciones del mediador.

En primer lugar, existen conflictos que se abordan principalmente a través de entrevistas individuales, también llamadas *caucus*. Éste es el caso de los conflictos penales o de conflictos muy agudos en los que las partes no desean reunirse.

En segundo lugar, en ocasiones, las sesiones conjuntas se desarrollan de tal forma que el mediador considera adecuado reunirse con las partes separadamente. Esto

-
- Comprobar la aceptabilidad de la propuesta de una parte por referencia a otras, presentando la oferta como una alternativa que ellas han originado
 - Apelar a los principios comunes o a las metas superiores
 - Expresar sus percepciones de la situación y quizá formular sugerencias de alternativas de acuerdo”.

⁶³⁰ SINGER, L.R., *Resolución de conflictos...*, op. cit. pág. 41.

se producirá por ejemplo cuando existan bloqueos en la mediación, o se presuma que alguna de las partes oculta información. La sesión individual con cada una de las partes irá encaminada a obtener esa información, que a la vez no podrá ser desvelada si así lo desea la parte, en virtud del principio de confidencialidad.

Por último, ha de señalarse que algunos mediadores se encuentran cómodos trabajando con sesiones individuales y las programan rutinariamente, y que por el contrario otros mediadores y modelos de mediación excluyen terminantemente o generalmente las sesiones individuales.

Ha de tenerse en cuenta que las sesiones individuales pueden ofrecer ventajas como mayor información y comprensión de los intereses de las partes, sin embargo son susceptibles de producir recelos entre las partes y desconfianza sobre la imparcialidad del mediador. Por ello habrá de valorar éste su aplicabilidad al caso concreto.

En el caso de mediación con participación constante de abogados, es también posible la reunión del mediador con las partes o con los abogados separadamente, por ejemplo para tratar cuestiones puramente jurídicas, o de otra clase”⁶³¹.

Como bien comenta la citada autora, el uso de este tipo de sesiones privadas puede ofrecer una serie de importantes ventajas al mediador, pero también es susceptible de generar recelos y suspicacias entre las partes, por lo que éste habrá de explicar muy bien a las mismas cuál es su finalidad, garantizándoles además que si tiene uno de estos “caucus” con una de las partes lo tendrá también con la otra a fin de salvaguardar la igualdad absoluta entre éstas, así como la imparcialidad del propio mediador, y, por supuesto, habrá de asegurarles que la posible información obtenida en dichas reuniones será totalmente secreta, salvo que presten su consentimiento a que la misma sea desvelada. El mediador ha de estar también atento a la utilización que de los “caucus” hacen las propias partes, pues pueden intentar manipular al mismo y darle información que no sea cierta, o intentar convencerle de sus razones frente a las de la otra parte, etc.

⁶³¹ SOLETO MUÑOZ, H., “El procedimiento de mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de...*, 2ª ed., op. cit., pág. 267.

En cuanto a los tiempos o el momento en que pueden ser utilizadas estas sesiones privadas con las partes, señala MOORE que “las reuniones parciales pueden producirse casi en cualquier momento de las negociaciones. Las que se realizan al principio generalmente responden a la necesidad de dar salida a las emociones, diseñar procedimientos negociadores o identificar cuestiones. Las reuniones celebradas en medio de las negociaciones concentran la atención en impedir el compromiso prematuro con una posición, identificar intereses, originar alternativas y comprobar las gamas de negociación. Las reuniones parciales celebradas hacia el fin de las negociaciones suelen estar destinadas a superar los impasses, desarrollar o evaluar propuestas, concebir una fórmula de arreglo, o realizar un arreglo psicológico. Es evidente que no hay un momento definido para convocar a una reunión parcial, porque su necesidad depende mucho de las condiciones y cualidades de los participantes. En algunas disputas pueden organizarse muchas reuniones y en otros conflictos no existen en absoluto”⁶³².

A.2 Objetivos del encuentro inicial

Continuando con el desarrollo de las sesiones de mediación propiamente dichas, el mediador habrá de intentar rebajar en la medida de lo posible la tensión que pueda existir entre las partes y empoderar a las mismas, reconociéndoles el esfuerzo y el mérito que supone intentar gestionar el conflicto por sí mismas.

En esta primera fase inicial, y tal y como señala GALEOTE MUÑOZ, “el mediador deberá llevar a cabo una labor de planificación estratégica y de planificación táctica, al igual que ocurre en un proceso de negociación”⁶³³. Así, comenta la citada autora que si en una negociación la *estrategia planificada* ha de ser flexible, ya que debe adaptarse a las conclusiones que las partes puedan obtener en la mesa de negociación, en la mediación lo ha de ser mucho más, pues el mediador necesita no sólo la información objetiva, sino la que va obteniendo acerca de la relación generada entre las partes a lo largo de las diferentes sesiones.

⁶³² MOORE, C., *El proceso de...*, op. cit., pág. 417.

⁶³³ Vid. GALEOTE MUÑOZ, M.P., “La mediación”, en HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coord.) *Sistemas de solución extrajudicial de...*, op. cit., págs. 78-79.

Y sobre la *planificación táctica*, es mucha la importancia que se le concede en materia de mediación. Se ha de tratar de conseguir el contexto más adecuado para que las partes se desbloqueen, facilitándose de esta forma la comunicación entre ellas y el mediador y, por tanto, el avance en el procedimiento de mediación y la posible consecución del acuerdo. La planificación táctica en el procedimiento de mediación comienza por la preparación por el mediador del lugar donde se van a llevar a cabo las diferentes sesiones, en su caso. En este sentido, suele ser habitual que el mediador prepare la disposición de la mesa y que sea él mismo el que sugiera los sitios que va a ocupar cada uno, de suerte que las partes puedan dirigirse la una a la otra sin dificultades, y el mediador pueda observar sin problemas el debate entre ellas.

Para la misma autora, “en este aspecto, al igual que en otros del proceso de mediación, es muy conveniente que el mediador sugiera cualquier iniciativa de actuación, y que sean las partes las que ratifiquen la conveniencia o no de lo que se va a hacer. Con esto, el mediador consigue: (i) generar un ambiente de consenso, en el que hasta las reglas más formales han sido aceptadas por todos; (ii) reforzar la sensación de que el mediador simplemente asiste en beneficio de las partes y del proceso, pero no impone nada; y (iii) muy relacionado con lo anterior, que las partes sigan percibiendo y constatando que son ellas las verdaderas protagonistas del proceso, pues la decisión final sigue dependiendo de ellas”⁶³⁴.

Tras esta primera fase inicial de preparación y de recogida de información por parte del mediador, éste comenzará a utilizar las técnicas propias de la mediación, asegurándose de que las partes son capaces de comprender bien el conflicto que les ocupa y lo que pretenden conseguir del procedimiento que acaban de iniciar. Tal y como señala GARCIANDÍA GONZÁLEZ⁶³⁵, la función del mediador en el procedimiento ha de ser la de ayudar a las partes a reorientar pragmáticamente la enunciación de su problema, a cambiar la dirección del discurso produciendo un cambio de narrativa, o una reconceptualización o reformulación de dicho problema, generando una comunicación productiva con las mismas en todos los

⁶³⁴ *Ibíd.*

⁶³⁵ GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *Materiales para la práctica de la mediación...*, op. cit., págs. 165-166.

planos, reformulando ideas y emociones desde la escucha activa y la asertividad. Ha de inducir a las partes a situar su conflicto en una secuencia temporal concreta, organizada en sesiones, con una limitación temporal, pero siempre dentro de la flexibilidad. El mediador funciona como un gestor, un facilitador del procedimiento que va intentar llevar a las partes a que se den a sí misma y a la otra lo que cada una de ellas necesita, y para ello ha de situarse de tal forma en el procedimiento que pueda generar las condiciones apropiadas para que las partes ideen propuestas y alternativas propias. En definitiva, va a ejercer como un catalizador, con la difícil tarea de que las partes sean capaces de alcanzar una solución que sea considerada por ambas como la más aceptable para la consecución de sus fines e intereses.

Para esta labor, las técnicas que el mediador va a ir utilizando en el procedimiento van a estar enfocadas fundamentalmente en clarificar el discurso de las partes, buscando una enumeración de los aspectos concretos sobre los que habrá de incidir la actividad de mediación. Esta identificación de los temas en particular que subyacen en el conflicto va a ayudar a la fragmentación del mismo, haciendo de esta forma más fácil el abordaje de cada una de las cuestiones.

En este sentido, señala ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS que “se debe hacer especial hincapié en la importancia de que el mediador tenga el conocimiento completo de la situación, porque sólo así puede adentrarse en una mejor comunicación con las partes. Que exista una buena comunicación entre las partes es esencial en la mediación, pues finalmente son ellas las que tienen el control del proceso (desde su inicio hasta su finalización) y no se debe perder de vista que quizás la mala comunicación entre las partes es lo que haya llevado al surgimiento del conflicto”⁶³⁶.

⁶³⁶ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “La mediación empresarial conforme a la Ley 5/2012”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de...*, 2ª ed., op. cit., pág. 649.

B. Búsqueda de los intereses de las partes

Para SOLETO MUÑOZ⁶³⁷, hay una serie de fases dentro de lo que es en sí el desarrollo del procedimiento de mediación, dichas fases serían las siguientes:

- Análisis del conflicto
- Búsqueda de intereses
- Generación de opciones
- Exploración de las opciones
- Consecución de acuerdos

De las referidas fases, podríamos decir que una de las más complicadas, y a la vez más importantes, es la de la búsqueda de los intereses de las partes. Normalmente cuando las partes llegan a mediación ponen encima de la mesa sus respectivas posiciones, es decir lo que cada una de ellas quiere, la labor fundamental del mediador va a consistir en averiguar qué hay detrás de esas posiciones, es decir en detectar cuáles son sus verdaderos intereses, en ver el porqué de dichas posiciones y cuáles son las motivaciones, emociones, sentimientos, estrategias, etc. que subyacen tras las mismas.

MARQUES CEBOLA habla de conflicto manifiesto *versus* conflicto oculto y señala que “el conflicto manifiesto descubre la realidad factual narrada por las partes, abarcando los intereses que las partes sitúan en disputa con la otra parte. Sin embargo, bajo dicho conflicto, las partes esconden otros problemas que, o bien desconocen su existencia, o bien no quieren revelar y que configuran conflictos ocultos. La división entre conflictos manifiestos y conflictos ocultos es muy frecuente en cuestiones familiares. Muchas veces los esposos intentan resolver un conflicto relativo al poder paternal, pero el verdadero problema es un divorcio mal resuelto. Otras veces, los hijos reclaman de sus padres una prestación de alimentos cuando su verdadero problema es la envidia o los celos de su hermano. En relaciones con vecinos, un conflicto presente podrá tener origen en disputas

⁶³⁷ SOLETO MUÑOZ, H., “El procedimiento de mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de...*, 2ª ed., op. cit., pág. 268.

pasadas no aclaradas. En el ámbito laboral, un conflicto relativo a las vacaciones puede ser desencadenado a causa de que el empleador no promovió al trabajador a un escalón laboral superior.

De ese modo, el conflicto manifiesto es el conflicto expreso y divulgado por las partes y el conflicto oculto es el conflicto implícito, escondido o negado por las mismas. El verdadero conflicto, comprendiendo tanto el expreso como el oculto, es la llave que abrirá la puerta de la resolución de la disputa, y por ese hecho es importante trazar esta distinción para que el mediador abarque todo el *iceberg* de una disputa⁶³⁸.

C. Creación de opciones

Por tanto, una vez que el mediador ha conseguido averiguar si existe un conflicto oculto y cuáles son los verdaderos intereses de las partes le va a resultar mucho más sencillo clarificar los temas a tratar y ayudar a las partes a que sean capaces de generar opciones para intentar dar solución a cada uno de ellos⁶³⁹.

Tal y como señala GALEOTE MUÑOZ “es la etapa más productiva de todo el proceso de mediación y a la que se pasará cuando los intereses de las partes hayan quedado patentes. También se suele llamar etapa de reformulación o etapa de creación de valor, ya que consiste en enmarcar el problema desde otra perspectiva diferente, de cara a que las partes centren sus esfuerzos en conseguir una solución que satisfaga al máximo los intereses de ambas”⁶⁴⁰.

En el mismo sentido, apunta MARQUES CEBOLA que “la creación de opciones constituye una característica del método de mediación que permite a los mediados tomar auténtica conciencia de que son los responsables de la solución de su

⁶³⁸ MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, op. cit., pág. 208.

⁶³⁹ Para FOLBERG y TAYLOR, esta etapa de averiguación de los intereses de las partes frente a sus posiciones termina cuando el mediador sabe cuáles son los conflictos y desavenencias entre las partes, cuáles son los conflictos ocultos y lo que cada parte desea, así como todas aquellas cuestiones en las que igualmente sabe que las partes no van a transigir. FOLBERG, J., TAYLOR, A., *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Whithout Litigation*, Jossey-Bass, 1ª ed., San Francisco, 1984, pág. 49.

⁶⁴⁰ GALEOTE MUÑOZ, M.P., “La mediación”, en HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coord.) *Sistemas de solución extrajurisdiccional de...*, op. cit., pág. 83.

problema y de que el acuerdo final podrá ser tan diferente como su creatividad lo permita”⁶⁴¹.

En esta fase de creación de opciones es importante la creatividad, pero también lo es la flexibilidad y la habilidad del mediador para ir moldeando y adaptando a los intereses de las partes las opciones que éstas vayan generando. En este sentido, apunta FISHER que “en cada etapa del proceso las opciones propuestas deben considerarse como tentativas. Cualquier enfoque debe ser utilizado en forma concurrente con otros. Lo que ganamos en conocimiento y las decisiones que adoptamos deberían llevarnos a revisar anteriores ideas. Un plan de acción no es algo que se pueda generar de un modo lineal, paso a paso (...). Tomar decisiones sobre la marcha exige intuición, sentido común, experiencia y juicio. Al avanzar de los enfoques generales a las aplicaciones detalladas, tendremos que proceder recortando y acomodando las piezas, por prueba y error, y evaluando cambios de ideas hasta que lo que propongamos tenga sentido”⁶⁴².

Si las partes no son capaces por sí mismas de generar opciones, ni siquiera con la ayuda del mediador, se plantea el debate de si el mediador puede implicarse más activamente y ofrecer soluciones a las partes. Como ya he comentado en este trabajo, entiendo que la concepción de mediador que se recoge en la Ley 5/2012 permitiría que así sea, ya que se hace alusión expresa a que “el mediador habrá de desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes”, por lo que si éstas son incapaces de lograr dicho acercamiento el mediador habrá de utilizar todos los recursos a su alcance a fin de facilitar el mismo. Podría pues, ofrecer soluciones a las partes, pero no sólo una porque podría suceder que dicha propuesta no gustase a alguna de las partes en concreto y ésta pudiese pensar que está intentando favorecer a la otra, con lo que su imparcialidad, por tanto, podría quedar en entredicho. Así, lo que habría de hacer es ofrecer un abanico de opciones a las partes, para que éstas puedan evaluarlas y decidir en consecuencia cuál podría resultarles adecuada para la consecución de sus intereses.

⁶⁴¹ MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, op. cit., pág. 211.

⁶⁴² FISHER, R., KOPELMAN, E., KUPFER SCHNEIDER, A., *Más allá de Maquiavelo (Herramientas para afrontar conflictos)*, Granica, Buenos Aires, 2006, pág. 132.

Por tanto, una vez evaluadas todas las opciones planteadas, se pasaría a la última fase que es la de consecución de acuerdos, en su caso, para cada uno de los temas. Huelga decir que en ningún caso el mediador puede imponer solución alguna a las partes, por lo que de alcanzarse alguna solución en el procedimiento ésta corresponde exclusivamente a las partes que son las verdaderas protagonistas del mismo.

2.4.3 Mediación y uso de medios electrónicos

A. El impacto de la “Sociedad de la Información” en la mediación

Tal y como se establece en el art. 24 de la Ley 5/2012, las partes pueden acordar que todas o algunas de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen convenientes, puedan ser llevadas a cabo utilizando medios electrónicos, como la videoconferencia, el e-mail, el teléfono, o cualquier otro medio análogo de transmisión de la voz la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de mediación que se prevén en la propia Ley. Se señala igualmente en el citado artículo, que para aquellas mediaciones que consistan en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros habrá de optarse con carácter preferente por estos medios electrónicos, salvo que el empleo de los mismos no fuese posible para alguna de las partes.

Además, en la Disposición final séptima se preveía la creación de un procedimiento simplificado de mediación que se habría de desarrollarse exclusivamente por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad y que tendría una duración máxima de un mes, prorrogable por acuerdo entre las partes.

Por su parte, en el art. 5.2 de la Ley se establece igualmente que las instituciones de mediación “podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias”.

En los últimos tiempos la utilización de las comunicaciones electrónicas ha sufrido una avance espectacular en todos los ámbitos y sectores de nuestra sociedad, lo que ha supuesto un evidente cambio en la forma de relacionarnos, y en este

sentido el legislador ha optado por subirse al carro de la modernidad e incluir la posibilidad de utilizar estos medios electrónicos para ser aplicados a la mediación, sin que ésta haya conseguido apenas introducirse en la cultura popular y jurídica.

Tal y como señala SANZ PARRILLA, “estamos sumidos en la denominada *Sociedad de la Información*, que ha sido definida como una comunidad que utiliza extensivamente y de forma optimizada las oportunidades que ofrecen las tecnologías de la información y las comunicaciones”⁶⁴³.

Sin embargo, entiendo que sería conveniente implementar adecuadamente la mediación y una vez haya conseguido asentarse mínimamente, habría que empezar a impulsar la utilización de estos medios electrónicos aplicados a la misma. En cualquier caso, por supuesto que no hay que desdeñarlos y tienen que ser un recurso más a utilizar en determinadas ocasiones, siempre y cuando se den las circunstancias adecuadas.

Al igual que sucede con la mediación convencional, la utilización de medios tecnológicos no sirve para todo tipo de asuntos, por tanto hay que velar por que la aplicación de los mismos sea conveniente y adecuada al asunto en particular. No tiene sentido aplicar dichos medios indiscriminadamente con carácter general a todo tipo de caso, sino que habrá de realizarse una correcta valoración y selección de los asuntos que habrán de gestionados a través de esta vía, por lo que se presenta como imprescindible la garantía de calidad y experiencia de la institución o personas encargadas de prestar dichos servicios. En este sentido el legislador ha optado por impulsar su utilización para pequeñas reclamaciones de cantidad, en asuntos además que no tengan demasiada controversia jurídica, lo cual parece adecuado.

La llamada mediación online es aquella que se realiza a distancia, sin la presencia física de las partes, en la que el mediador se comunica con éstas a través de medios tecnológicos. Puede ser llevada a cabo a través de cualquier medio: mensajes de correo electrónico, sesiones de chat, plataformas digitales ad hoc, llamadas telefónicas o videoconferencias en las que se pueden llevar a cabo tradicionales

⁶⁴³ SANZ PARRILLA, M., “El uso de medios electrónicos en la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 437.

sesiones de mediación con las partes sin la necesidad de reunir a las mismas en un mismo espacio físico.

B. El procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos contemplado en el Real Decreto 980/2013

Tal y como se establece en el *Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, siguiendo lo dispuesto en la Ley, se habrá de desarrollar preferentemente por el procedimiento simplificado por medios electrónicos la mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros, salvo que el empleo de dichos medios no sea posible para alguna de las partes o bien las pretensiones de las partes se refieran a argumentos de confrontación de Derecho.

Se ha introducido un pequeño matiz y ahora en el Preámbulo del Real Decreto se señala que, además, las partes han de optar por recurrir a estos sistemas para llevar a cabo la mediación, con lo que parece reforzarse la voluntariedad en la decisión de acudir a los mismos frente al carácter “preferente” que se le pretendía atribuir en anteriores textos y en la propia Ley.

Para poderse desarrollar dicho procedimiento, tanto el mediador como la institución de mediación prestataria del servicio habrán de garantizar a las partes “la seguridad, el buen funcionamiento de la plataforma y de los sistemas electrónicos utilizados, así como la privacidad, la integridad y el secreto de los documentos y las comunicaciones, la confidencialidad en todas las fases del procedimiento, así como el cumplimiento de las previsiones exigidas en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal” (art. 31).

Respecto de la confidencialidad se señala que serán las partes quienes habrán de indicar que los documentos que entregan o las comunicaciones que entablen tengan dicho carácter o no, si bien, de no constar manifestación expresa y por escrito de las partes, se entenderá que dicha documentación y manifestaciones tendrán carácter confidencial.

Para acreditar su identidad, las partes y el mediador utilizarán un sistema de firma electrónica y, en su defecto, podrán hacerlo presencialmente acordando un sistema de acceso seguro de mutuo acuerdo. La identidad de las partes deberá acreditarse, en todo caso, en la presentación de la solicitud de inicio y en la contestación, en el momento de la aportación de documentación, en el establecimiento de comunicaciones, en la firma de las actas y del acuerdo de mediación. Si las partes desean actuar por medio de representante, éste deberá acreditarse igualmente ante el mediador o la institución de mediación.

Para iniciar el procedimiento el mediador o la institución habrá de facilitar un formulario electrónico a la parte, donde se le informará que, en ningún caso, su pretensión puede ir referida a argumentos de confrontación de Derecho. De la presentación del formulario se habrá de emitir justificante donde habrá de constar el número de registro, la fecha y la hora de la presentación, la identidad del mediador y, en su caso, de la institución de mediación, así como la indicación de que el documento ha sido tramitado correctamente.

Para la tramitación del procedimiento se elaborará un expediente único donde constará la solicitud inicial, toda la información descriptiva del conflicto, todas las comunicaciones que se produzcan entre las partes y el mediador, los documentos presentados que las partes no hubieran excluido de su incorporación de acuerdo con el principio de confidencialidad, así como todas las actas y, en su caso, el acuerdo final. Las partes habrán de estar informadas en todo momento de la gestión y almacenamiento de la documentación y comunicaciones producidas a lo largo del procedimiento de mediación.

Las partes se han de comprometer a acceder al sistema electrónico empleado en el procedimiento, así el rechazo de la comunicación o el transcurso del plazo de cinco días naturales en acceder a su contenido será entendido como no asistencia a la sesión de mediación, salvo que se acredite la imposibilidad de efectuar ese acceso.

La duración máxima del procedimiento simplificado será de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud, si bien dicho plazo podrá ser prorrogable por acuerdo de las partes.

Igualmente de mutuo acuerdo, las partes podrán transformar un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos en cualquier otro procedimiento de mediación, pudiendo igualmente acordar que dentro del mismo procedimiento algunas actuaciones se lleven a cabo de manera presencial.

El procedimiento en sí es muy sencillo. Así, una vez recibida la solicitud, el mediador habrá de ponerse en contacto a la mayor brevedad posible con la parte solicitada a fin de recabar su conformidad para iniciar el procedimiento de mediación. Si se verifica tal consentimiento, el mediador concederá un plazo razonable para contestar a la solicitud, si no lo hace en el plazo concedido la solicitud se entenderá rechazada. Recibida la contestación, el mediador remitirá a las partes un certificado que tendrá la consideración de acta de la sesión constitutiva a los efectos de generar el correspondiente número de expediente. Fijadas las posiciones de las partes en sus respectivos escritos, el mediador intentará asistir el proceso de negociación entre las mismas a fin de que lleguen a una solución.

Los principales problemas que puede plantear este procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos es la eventual desconfianza que genera todo lo desconocido, así como las garantías de seguridad que puedan ofrecer las plataformas existentes.

C. Requisitos para un buen funcionamiento de la mediación online

Para el buen funcionamiento de un sistema de mediación online se requiere que el mismo sea accesible, tanto para las partes como para el mediador. El mediador habrá de estar familiarizado con el uso de los recursos electrónicos que vaya a utilizar y habrá de comprobar que las partes, igualmente, no tienen problemas con el manejo de dicha tecnología y que pueden disponer de ella sin ningún tipo de límite o restricción. Además, es importante que los medios utilizados ofrezcan la adecuada garantía de confianza y seguridad y que cumplan con toda la normativa aplicable en materia de protección de datos de carácter personal, de firma electrónica y de accesibilidad para personas con discapacidad, puesto que para

este colectivo sí que pueden suponer una herramienta más que útil⁶⁴⁴.

Como pone de manifiesto SANZ PARRILLA, “para el correcto funcionamiento de los sistemas de mediación online se necesita un adecuado soporte tecnológico. Si bien es posible realizar una lista de elementos que deben concurrir en estos sistemas, debemos tener en cuenta siempre tres propiedades técnicas: a) Simplicidad: debe tratarse de un proceso fácil de entender y de seguir para las partes; b) Adaptabilidad: debe estar diseñado según las necesidades de las partes; c) Interoperabilidad: debe conectar con el resto de sistemas de los usuarios, partes, mediadores, etc.”⁶⁴⁵.

La mediación online implica una serie de variaciones respecto de la mediación convencional, fundamentalmente en lo que se refiere a los aspectos espaciales y temporales, por lo que la comunicación en determinadas ocasiones será sincrónica, es decir establecida de manera simultánea entre emisor y receptor, en un mismo tiempo, a través de escritorios compartidos, mensajería instantánea, chats, videoconferencias o telefonía IP, pero en la mayor parte de los casos dicha comunicación será asincrónica, que es aquella realizada en tiempos diferentes, por lo que el receptor no tiene conocimiento en tiempo real de la comunicación efectuada por el emisor, y se lleva cabo a través principalmente de correos electrónicos, aunque existen otras formas como los foros, los mensajes realizados a través de postings o en pizarras electrónicas que se hacen visibles para el mediador y las partes a través de un procedimiento de validación. No hay, en principio mayores impedimentos que los que pueda plantear la conexión a internet. Nada impide tampoco que las partes puedan utilizar el teléfono en un momento determinado para intentar dialogar sobre las cuestiones que estimen oportunas.

⁶⁴⁴ A este respecto, señala GARCÍA CUBERO que “es importante resaltar que la responsabilidad con respecto a los medios electrónicos de mediación recae sobre las instituciones o los mediadores, lo que supone que si bien no deben ser expertos en tecnología para poder utilizar estos valiosos medios, sí es necesario que acudan a proveedores especializados con la suficiente solvencia en la materia como para ofrecer unas garantías sólidas de seguridad y confidencialidad de los medios”. GARCÍA CUBERO, G., “Mediación por medios electrónicos: procedimientos y herramientas”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 352.

⁶⁴⁵ SANZ PARRILLA, M., “El uso de medios electrónicos en la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., p. 449.

Ambos tipos de comunicación, sincrónica y asincrónica tienen sus ventajas y sus inconvenientes, por lo que habrá de determinarse cuál de ellas es más adecuada⁶⁴⁶.

La mediación convencional, normalmente, se suele realizar a través de sesiones conjuntas personales del mediador con las partes, a fin de que éstas puedan negociar cara a cara sobre todas aquellas cuestiones que tengan por conveniente. En estas sesiones el mediador despliega todas sus técnicas y hace uso de las herramientas de comunicación necesarias para intentar ayudar a las partes a conseguir un acuerdo. Esto, sin duda, se hace más complicado cuando la mediación se realiza online, ya que el elemento personal o el encuentro físico entre mediador y partes desaparece, por lo que el mediador no podrá hacer uso de determinadas herramientas, habiendo además de adaptar su lenguaje y demás técnicas a las peculiaridades de la comunicación virtual.

La confianza de las partes en el mediador, se configura como un elemento muy importante en la mediación. En este sentido, y a fin de no eliminar totalmente el elemento personal podría ser aconsejable que, en aquellos casos en los que fuere posible, el mediador tuviese una primera entrevista con cada una de las partes por separado a fin de presentarse personalmente a las mismas y conseguir al menos de inicio que dicho contacto personal cree el necesario vínculo de confianza que las

⁶⁴⁶ A este respecto, señala SUQUET CAPDEVILA que “hoy en día no puede afirmarse que un tipo de comunicación sea más beneficioso que otro, ya que pueden darse elementos contradictorios. Por ejemplo, el email como tecnología asincrónica permite que las partes no contesten apresuradamente y de forma acalorada. Quizás por ello la parte puede reflexionar y contestar en una manera más positiva el mensaje de la otra parte. Ahora bien, en el mismo tipo de comunicación por email una misma parte puede expresar su enfado a través de un mensaje con letras capitales y arruinar una posible solución al conflicto. De hecho, esto es extensible a otras formas de comunicación a través de la red, ya que a pesar de que la información desarrollada a través de un ordenador puede ser vista como impersonal, la cultura de la comunicación online sugiere la existencia de sus propias formas de expresar emociones (como la misma escritura de emails con letras capitales, los emoticonos u otros caracteres especiales). Los métodos de comunicación sincrónicos, como la videoconferencia o la audioconferencia, presentan una serie de dificultades que hace que todavía no sean mecanismos frecuentemente utilizados en los servicios de ODR. En efecto, además de que es necesario un software determinado para poder establecer esta comunicación, las conferencias de video consumen la mayor parte de la banda ancha. Ello motiva que la comunicación en la mayor parte de las ocasiones no sea tan sencilla y ágil como debería ser y en la práctica la videoconferencia no sea todavía muy usual en la práctica de los proveedores de ODR”. SUQUET CAPDEVILA, J., «Online Dispute Resolution (ODR): una visión jurídica del estado del arte tecnológico», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXIII, 2010, pp. 68-69.

partes han de tener en el mediador⁶⁴⁷.

Al igual que en la mediación convencional, es importante que las partes tengan la garantía de la absoluta confidencialidad de las informaciones y comunicaciones que realicen durante el proceso de mediación online, porque va a ser la única forma de facilitar que éstas consigan abrirse y sincerarse con el mediador, sin ocultar ningún tipo de información que pueda resultar relevante para la resolución del conflicto. Por tanto, el mediador o la institución encargada de prestar el servicio de mediación habrán de garantizar tanto la confidencialidad, como la seguridad de las informaciones y mensajes transmitidos online, debiendo asegurarse además de que los mensajes han sido transmitidos y recibidos correctamente por emisor y destinatario. Esto incluye también los posibles archivos agregados, faxes, chats, así como cualquier otro tipo de archivo o medio de la red utilizado como parte de la comunicación electrónica.

Uno de los problemas o de los mayores peligros que presenta la mediación online es la eventual violabilidad de las comunicaciones, si bien, en este sentido, se ha avanzado bastante y, hoy por hoy, es muy alto el número de operaciones y transacciones electrónicas que se realizan cada día de forma segura, habiéndose creado al efecto mecanismos, como la firma electrónica, que actúan eficientemente y que pueden dotar de dicha garantía de seguridad a las comunicaciones realizadas durante el proceso de mediación.

Respecto de las ventajas que presenta la mediación online, se podría decir que, en principio es más rápida que la mediación convencional, toda vez que la comunicación es inmediata por lo que se agilizan todas las actuaciones que haya que realizar.

⁶⁴⁷ En el mismo sentido, FEMENIA sostiene que “sin un buen *rapport* entre el mediador y las partes, es muy difícil hacer el proceso de mediación. Esto es una dificultad al planear usar sólo ODR para hacer la mediación familiar. En las reuniones presenciales, hay un montón de información sensorial que ayuda a establecer confianza en el proceso. Aún, una conferencia telefónica puede aportar más de esta confianza, por eso se dice que idealmente hay que comenzar con una reunión cara a cara para clarificar el proceso, establecer la confianza y verificar las condiciones para un diálogo efectivo entre los tres lados, para luego continuar online. La llamada telefónica tiene que estar disponible a lo largo del proceso para agregar más de esta textura de confianza en la interacción, especialmente si aparecen obstáculos al progreso de la mediación”. Vid. FEMENIA, N., «Mediación familiar online: ¿ayuda o desafío?», disponible en: http://www.norafemenia.com/im/mediaciondivorcioonline_files/frame.htm

Se reducen además los costes económicos ya que se evitan los desplazamientos de las partes o del mediador, pudiendo realizarse las comunicaciones incluso desde el propio domicilio.

Por otra parte, la mediación online potencia aún más la flexibilidad del proceso de mediación, ya que se pueden realizar las comunicaciones en cualquier tiempo, no hay sujeción a horarios predeterminados, por lo que se puede diseñar un procedimiento en el que las partes pueden organizar su tiempo como deseen, según sus conveniencias y su necesidad de reflexión⁶⁴⁸.

En cierta medida también puede salvaguardar la propia neutralidad del mediador que al no tener presentes a las partes, puede eliminar cualquier tipo de estereotipo o posible prejuicio que el mismo pudiese tener sobre por ejemplo la presencia física o aspecto que las partes puedan tener. Igualmente, el tono de la voz o el lenguaje no verbal o corporal de éstas no podrá ser malinterpretado por el mediador al no tener contacto personal directo con las mismas.

Además, los espacios de tiempo que transcurren en la transmisión de mensajes online entre el mediador y las partes pueden facilitar la reflexión, el análisis de los mismos e incluso la retractación de alguno de ellos. Las partes van a tener la oportunidad de pensar más pausadamente sus diferencias y de responder a los mensajes de la otra parte o del mediador una vez pensada y buscada la respuesta adecuada.

Por último, otra de las ventajas que ofrece la mediación online es la posibilidad de contar con el mediador que elijan las partes, incluso aunque éste no se encuentre en el mismo espacio geográfico que ellas, pudiendo incluso encontrarse en países diferentes, sin que por ello el coste de la mediación tenga por qué ser necesariamente mayor.

El papel del mediador online va a resultar muy importante porque debe propiciar el marco adecuado para conseguir gestionar los sentimientos contrarios de las partes y presentar adecuadamente las ventajas que puede suponer para las

⁶⁴⁸ Vid. SANZ PARRILLA, M., "El uso de medios electrónicos en la mediación", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., págs. 441-442.

mismas el proceso de mediación y todo ello sin tenerlas presentes⁶⁴⁹.

Tiene que ser capaz de detectar igualmente posibles movimientos de alguna de las partes encaminados a intentar manipular o coaccionar de cualquier modo a la otra a través de los mensajes o de la utilización del lenguaje que esté realizando a través de la red, por lo que deberán recibir formación adecuada con el fin de conocer y poder manejar este lenguaje virtual y evitar que pueda producirse vulneración alguna de la situación de equilibrio entre las partes.

En este sentido, la mediación online va a facilitar al mediador su intervención en orden a prevenir los posibles intentos de una de las partes de manipular a la otra, toda vez que va a poder restringir los canales de comunicación entre ambas si lo considera necesario, haciendo que determinados mensajes de una parte no lleguen a la otra, o bien lleguen debidamente filtrados por el mismo a fin de que estos mensajes no puedan tener efectos nocivos sobre dicha parte o sobre el propio proceso de mediación. El mediador puede trabajar reflexivamente en la reformulación de dichos mensajes a fin de que lleguen de forma adecuada y puedan ser correctamente entendidos por sus destinatarios.

También va a tener más tiempo de reacción a la hora de seleccionar su estrategia o las técnicas a utilizar en función de cómo vayan desarrollándose las comunicaciones entre las partes. Puede trabajar con las partes el lenguaje de las mismas, intentar adecuarlo al buen fin del proceso de mediación, también puede permitir a éstas la posibilidad de discutir acerca de cualquier tema y hablar con más libertad en un determinado momento.

⁶⁴⁹ Respecto a qué necesita un mediador o una institución de mediación para poder realizar mediación por medios electrónicos, señala GARCÍA CUBERO que se podría hablar de cinco puntos fundamentales: “-. Un dispositivo que permita ejecutar el medio electrónico de mediación -. Una conexión a internet adecuada -. Un medio electrónico de mediación -. Una página web. -. Los conocimientos básicos en el uso de medios electrónicos, conocer las medidas de seguridad que debe respetar un medio electrónico de mediación, los conocimientos suficientes sobre cómo realizar y gestionar una mediación por medios electrónicos y los conocimientos sobre qué dice la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el reglamento que desarrollará la mediación por medios electrónicos al respecto”.

GARCÍA CUBERO, G., “Mediación por medios electrónicos: procedimientos y herramientas”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 353.

Es importante que el mediador compruebe que las partes están debidamente familiarizadas con todos los recursos tecnológicos que vayan a ser empleados durante el proceso de mediación y si hay alguna de ellas que desconoce o no controla adecuadamente alguno de dichos recursos, habrá de recibir la formación adecuada al respecto, a fin de que no exista la más mínima desigualdad en tal sentido.

Hoy en día, los imparables avances tecnológicos abren un campo ilimitado de posibilidades a los mediadores que quieran formarse en este ámbito.

Es importante que el mediador haya recibido formación específica y que se encuentre perfectamente familiarizado con los recursos tecnológicos que vaya a emplear, pues en todo caso habrá de adaptar a ellos las técnicas y herramientas que vaya a utilizar durante el proceso. Igualmente, deberá estar perfectamente familiarizado con el lenguaje electrónico, habiendo de estar al tanto de las normas de protocolo y cortesía utilizadas en este tipo de comunicación, así es importante extremar el cuidado en el lenguaje escrito, habiendo de cuidar la ortografía, evitar reenvíos y contestaciones en un mismo mensaje a fin de que no se puedan filtrar informaciones o comentarios que no deberían haber llegado a una de las partes, ha de evitar también el uso de mayúsculas fuera de los casos establecidos gramaticalmente, ya que el uso de las mismas en el lenguaje electrónico viene asociado a mensajes agresivos, por lo que los mismos pueden causar una sensación incómoda en el receptor; la tipografía y los colores utilizados deben ser adecuados, intentando transmitir mediante el lenguaje escrito la misma sensación de tranquilidad que ha de generar el mediador en una sesión convencional de mediación.

Además, el mediador ha de ser capaz de diseñar el procedimiento electrónico a seguir, teniendo en cuenta las necesidades de las partes, habiendo de asegurarse de que las mismas tengan las mismas oportunidades durante su desarrollo, garantizando, en definitiva, la plena igualdad entre éstas⁶⁵⁰.

En cuanto a la imparcialidad del mediador online, al celebrarse las sesiones a

⁶⁵⁰ Vid. SANZ PARRILLA, M., "El uso de medios electrónicos en la mediación", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pp. 447-448.

distancia va a resultar más complicado que las partes lleguen a percibirla adecuadamente, por lo que éste habrá de cuidarse de que ambas se sientan igualmente atendidas en todo momento. Así, habrá de contestar con la misma rapidez a las comunicaciones de las dos partes, habrá de mantenerlas informadas continuamente del desarrollo del procedimiento y remitirles igualmente resúmenes de toda la actividad desplegada, haciéndoles sentir que dicho esquema de comunicación garantiza que sus intereses están debidamente salvaguardados.

En principio, todas las fases de la mediación son susceptibles de ser desarrolladas de forma electrónica, desde la sesión informativa a la firma del acuerdo. El mediador habrá de indicar a las partes qué medios electrónicos van a ser utilizados a lo largo del proceso, éstos podrán ser simplemente correos electrónicos, pero como ya he comentado también se podrán utilizar otros como la videoconferencia que pueden aportar un plus en un momento determinado. También habrá de asegurarse de que las partes conocen perfectamente el uso de dichos medios, a fin de garantizar que no se puedan producir eventuales desigualdades por tal circunstancia.

2.5 FIN DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

Pese a que no sea el único, el objetivo primordial de la mediación es que las partes lleguen a un acuerdo que ponga fin al conflicto suscitado entre las mismas. Sin embargo, como ya se ha comentado, la mediación no es un método heterocompositivo que garantice en todo caso la solución del conflicto, porque ésta va a depender siempre de la propia voluntad de las partes, por lo que es posible que la mediación pueda finalizar sin acuerdo y que el conflicto, en consecuencia, no quede solucionado.

Ello, sin embargo, no quiere significar en todo caso que la mediación haya fracasado, puesto que el procedimiento ha podido comportar una modificación positiva de la relación existente entre las partes⁶⁵¹.

⁶⁵¹ Así se refiere además expresamente en el Expositivo IV del Preámbulo de la Ley 5/2012, que señala que “la premisa de alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto”.

2.5.1 Finalización del proceso sin acuerdo

Tal y como se establece en el art. 22.1 de la Ley 5/2012, “el procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o algunas de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándoselo al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión”. Como se puede apreciar, el legislador recoge distintos supuestos de finalización del procedimiento de mediación.

En primer lugar, habla de la posibilidad de que el procedimiento finalice con acuerdo, supuesto del que me ocuparé más adelante con mayor detenimiento.

Respecto de las distintas posibilidades de que el procedimiento finalice sin acuerdo, se refiere en primer lugar al supuesto de que las partes, haciendo uso de su derecho y como clara manifestación del principio dispositivo y de la voluntariedad que rige el procedimiento de mediación, decidan poner fin al mismo, sin tener que especificar, en ningún caso, los motivos que les han llevado a tomar dicha decisión, teniendo únicamente que notificar la misma al mediador.

Como se ha venido reiterando, el procedimiento de mediación es voluntario, tanto en su inicio, como en su desarrollo y, por supuesto en su finalización, siendo las partes totalmente libres de abandonar el mismo si entienden que no está cubriendo sus expectativas o que va a resultar imposible alcanzar algún tipo de solución al conflicto⁶⁵².

El haber aceptado de inicio comenzar el procedimiento de mediación y aceptar todas sus “normas”, en ningún caso implica tener que mantenerse en él y mucho menos tener que alcanzar un acuerdo obligatoriamente. Las partes únicamente tendrían que hacer frente a los posibles gastos que se hubiesen devengado en el

⁶⁵² Para BARONA VILAR, “los motivos que pueden llevar a esta decisión de una o todas las partes pueden ser diversos y referidos al desencanto de este procedimiento y la sensación de perder el tiempo; la desconfianza en el mediador o mediadores, etc. En suma, es una manifestación de la disponibilidad que poseen las partes, que se plasma en un posible abandono del mismo”. BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 421.

procedimiento hasta el momento de su abandono, correspondientes a los honorarios del mediador o mediadores, de la institución de mediación, en su caso, o de posibles terceros que hubiesen podido intervenir igualmente.

A. Por abandono unilateral del proceso

A este respecto, plantea BARONA VILAR la interesante disyuntiva de qué sucede cuando es sólo una de las partes la que decide abandonar el procedimiento de mediación frustrando de esta forma las legítimas expectativas que la otra parte había depositado en el mismo, amén de haber hecho frente a una posible serie de gastos económicos⁶⁵³.

Como señala la citada autora, cuando las partes acuden a mediación y son informados de la finalidad y principios que rigen la misma, ya conocen perfectamente que es un procedimiento de carácter voluntario, por lo que no se les puede obligar a permanecer en el mismo si no lo consideran oportuno y en consecuencia tendrán que aceptar las consecuencias de un posible abandono por parte de alguno de los implicados. Así se establece igualmente en la propia Ley 5/2012, que en su art. 15 dispone que “el coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario”; en consecuencia, si las partes no han pactado previamente que en caso de abandono del procedimiento de mediación por alguna de ellas, la misma tenga que hacer frente a los gastos de dicho procedimiento, los gastos habrán de ser sufragados a partes iguales por ambas.

B. Por transcurso del plazo máximo acordado

La segunda de las razones por las que puede finalizar anticipadamente el procedimiento de mediación, a las que se hace alusión en la Ley, es el transcurso del plazo máximo acordado por las partes para la duración del mismo.

En este sentido, habría que matizar y relativizar dicho motivo, porque entiendo que el mismo en sí no tiene por qué significar en todo caso el fin del procedimiento de mediación. Imaginemos, por ejemplo, el supuesto de que las partes han

⁶⁵³ *Ibíd.*, págs. 422-423.

acordado un plazo máximo de duración del procedimiento de un mes, o de cinco sesiones, y que transcurrido dicho plazo, las partes pese a haber obtenido significativos avances en la resolución de sus diferencias aún no han sido capaces de zanjar definitivamente el conflicto, si bien entienden que si siguen trabajando en la misma línea muy posiblemente puedan hacerlo; obviamente, en este caso entiendo que el transcurso del plazo pactado no tiene que conllevar necesariamente el fin de procedimiento de mediación y que las partes, en virtud del principio de disposición que ostentan, podrían acordar una prórroga al plazo inicial y continuar con el mismo⁶⁵⁴.

Las partes pueden fijar a priori un plazo máximo que entiendan es razonable para intentar solucionar el conflicto en mediación, pero no ha de considerarse que este plazo sea de carácter imperativo porque iría en contra de la propia esencia de la mediación y de la flexibilidad de la que tanto se ha hablado. Está bien que las partes, o incluso el mediador o la institución de mediación donde se vaya a llevar a cabo, determinen un límite temporal del procedimiento de mediación porque ello implica “forzar” en cierta medida a dichas partes para que trabajen colaborativamente en la búsqueda efectiva de una solución, pero lo que no se debería hacer es impedir a las partes prolongar el procedimiento si entienden que han de hacerlo, pese a haberse extinguido el plazo marcado inicialmente.

Hay que tener en cuenta que en la Ley 5/2012 no se ha optado por fijar un plazo legal máximo de duración del procedimiento de mediación y ello, según mi parecer, es lógico y adecuado porque no todos los conflictos tienen la misma complejidad, por lo que no requerirán de los mismos tiempos para su gestión y posible solución, si bien la Ley sí que establece que la duración del procedimiento

⁶⁵⁴ En el mismo sentido, señala BARONA VILAR que en este supuesto “existe la posibilidad de evitar la terminación automática del procedimiento y sería la solicitud de prórroga solicitada por las partes al mediador, lo que implicaría, por un lado, una modificación de una de las reglas del juego de la mediación por consenso, y, por otro, la expresión de la consolidación de la voluntad de las partes de continuar con el procedimiento de mediación. Incluso puede pensarse en la posibilidad de que la prórroga pueda estar considerada en la regulación de las instituciones o centros de mediación, estableciendo, al efecto, el procedimiento a seguir para la prórroga que, parece razonable, pasaría por la confirmación del mediador”. *Ibíd.*, págs. 423-424.

de mediación habrá de ser “lo más breve posible y sus actuaciones se concentraran en el mínimo número de sesiones”⁶⁵⁵.

A pesar de esta brevedad a la que hace mención la Ley, entiendo que se ha de primar la voluntad de las partes y si éstas consideran que el procedimiento está resultando productivo hay que darles la oportunidad de prolongar el mismo hasta donde entiendan oportuno, si bien el propio mediador también tiene la posibilidad de poner fin al procedimiento de mediación cuando aprecie que las posiciones de las partes son irreconciliables, habiendo de justificar tal decisión.

C. Por decisión del mediador

Ésta es la tercera posibilidad de terminación anticipada a la que se refiere la Ley y lo que hace es reforzar más, si cabe, el papel del mediador como director del procedimiento. He venido comentando como son las partes las verdaderas protagonistas del conflicto y que ellas son las únicas que pueden dar una solución al mismo, pero no hay que olvidar, como apunta la Ley, que el mediador es la pieza esencial del sistema, que su función es la de ayudar a las partes a buscar esa solución, pero que es también quien ha de controlar el procedimiento de mediación para que éste se lleve a cabo adecuadamente y no pueda ser utilizado por alguna de las partes con fines espurios.

Por tanto, si el mediador aprecia cualquier actitud o comportamiento en las partes que le induzca a pensar que las mismas no desean alcanzar ningún tipo de acuerdo

⁶⁵⁵ Para MARTÍN DIZ “la generalización de un plazo universal para todo tipo de mediación con independencia de la materia objeto del conflicto, puede no ser conveniente (...). Dos deben ser entonces los parámetros para concretar, en la medida de lo posible, la duración recomendable o ideal de una mediación: a) La actitud de las partes. El éxito o fracaso de la mediación va íntimamente ligado a la predisposición de las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación. No olvidemos que la mediación se caracteriza por su carácter voluntario, personalísimo y colaborativo. Lo más fácil sería vaticinar que la mediación ha de discurrir en un lapso temporal breve, puesto que son las propias partes quienes toman las riendas de su gestión y desenvolvimiento (junto al mediador). Pero no siempre es así. b) La naturaleza, número y complejidad de los puntos en conflicto –previamente determinados por el mediador y aceptados por las partes–. Evidentemente, éste debe ser el otro gran factor a tener presente a la hora de calcular, y valorar, si es adecuada y correcta la duración temporal de una mediación, o si en el transcurso de la misma se ha sobrepasado el límite cronológico razonable de su extensión”. MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., págs. 126-127.

podrá poner fin al procedimiento de mediación, explicándoles a éstas los motivos de su decisión⁶⁵⁶.

También podrá finalizar el procedimiento si entiende que a pesar de los esfuerzos de las partes por llegar a una solución sus posiciones son tan distantes que difícilmente va a ser posible alcanzar solución alguna; en este caso, igualmente, habrá de explicar a las partes los motivos de por qué él entiende que es mejor poner fin a la mediación.

Asimismo, el mediador podrá poner fin a la mediación si considera que existe una evidente situación de desequilibrio entre las partes y que, pese a sus esfuerzos por intentar revertir esta situación, va a resultar difícil conseguirlo, por lo que de continuar adelante con el procedimiento muy probablemente se pueda llegar a una solución demasiado gravosa para la parte que se encuentra en situación de inferioridad.

En definitiva, se delega en el mediador la responsabilidad de valorar si es conveniente continuar adelante con el procedimiento o no, habiendo de explicar a las partes, en caso de decidir poner fin a la mediación, los motivos que le han llevado a tomar tal decisión.

Ahora bien, la decisión del propio mediador de poner fin al procedimiento por él iniciado no tiene que conllevar en todo caso la finalización del mismo. Así, se establece en la Ley (art. 22.2.) que la renuncia del mediador a continuar el procedimiento sólo producirá la terminación de éste cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador, por lo que la decisión de finalizar definitivamente la mediación vuelve a recaer nuevamente en las partes, que si no están conformes con la decisión tomada por el mediador pueden designar uno nuevo a fin de que continúe con el procedimiento iniciado.

Al igual que el mediador puede entender que las partes no están actuando correctamente en el procedimiento de mediación, pueden ser éstas las que consideren que es el mediador el que no está llevando a cabo una buena labor y,

⁶⁵⁶ En este sentido, apunta MARTÍN DIZ que “igualmente abortaría una mediación la falta de colaboración y probidad, la inasistencia injustificada a las sesiones o el incumplimiento de las obligaciones o del procedimiento establecido por alguna de las partes en el desarrollo de la mediación”. *Ibíd.*, págs. 123-124.

por tanto, prescindir de sus servicios. En este caso, la renuncia de las propias partes al mediador no implicaría tampoco en sí misma la finalización del procedimiento de mediación, por lo que éstas podrían designar un nuevo mediador que continuase con el procedimiento, si no lo hiciesen la mediación sí finalizaría definitivamente.

Por lo que respecta a todas estas situaciones excepcionales, nada se ha previsto expresamente acerca de quién ha de hacer frente a los gastos devengados en el procedimiento. En este sentido, señala BARONA VILAR que “salvo que las partes hubieran establecido una regla específica para estos casos o salvo que se hubiere contemplado como supuesto especial en las regulaciones de las instituciones el cómputo de los gastos y costes que el procedimiento de mediación genera, hay que entender aplicable la norma común, a saber, el artículo 15, que implica que los costes se integran por el desarrollo del procedimiento de mediación en su totalidad y dividido por mitad entre las partes”⁶⁵⁷.

2.5.2 Consecuencias de la finalización del procedimiento de mediación

Una vez se haya puesto fin al procedimiento de mediación, ya sea con acuerdo o sin él, habrá de devolverse a las partes todos los documentos que éstas pudieran haber aportado y con aquellos que no hubiera necesidad de devolver a las mismas se formará un expediente que habrá de custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación que haya prestado la misma por un período de cuatro meses.

Nada se señala en la Ley de si se habrá de levantar o no acta de cada sesión de mediación celebrada. Esta cuestión va a depender de cada mediador o del protocolo de actuación de las instituciones de mediación que desarrollen el servicio. Lo normal es que no se levante acta de cada sesión de mediación, pero sí puede ser habitual que el mediador necesite tomar una serie de notas en dichas sesiones sobre cuestiones o aspectos que las partes puedan ir relatando y que él

⁶⁵⁷ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 424-425.

entienda son importantes y que es conveniente guardar a fin de preparar su plan de actuación de cara a próximas sesiones.

En cualquier caso, estas notas, o incluso actas, que el mediador pueda realizar tienen carácter absolutamente confidencial por lo que no podrán ser utilizadas en un ulterior procedimiento adversarial entre las partes, no existiendo asimismo obligación alguna del mediador de entregárselas a éstas aunque así se lo solicitasen. Estas notas podrían formar parte del expediente que habrá de custodiar el mediador o la institución de mediación, en su caso, por un plazo de cuatro meses.

De la finalización del procedimiento habrá de levantarse un acta final que determinará la conclusión del mismo y que habrá de reflejar, en su caso, los acuerdos alcanzados por las partes de forma clara y comprensible, o bien su finalización por cualquier otra causa. El acta final deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores que hayan intervenido, habiendo de entregarse un ejemplar original a cada una de las partes. Si alguna de las partes no quisiera firmar el acta final, el mediador habrá de hacer constar tal circunstancia y entregará un ejemplar a las partes que se lo pidan⁶⁵⁸.

Como he señalado, y tal y como se estipula en art. 22 de la Ley, en el acta final se habrán de reflejar los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible. Nada se dice acerca de quién habrá de redactar el acta final, si bien se sobreentiende que habrá de ser el mediador quien lo haga.

En lo que sí parece haber discusión es en si efectivamente han de constar en el acta final detallados todos los acuerdos que las partes hayan podido alcanzar, o bien no es necesario y los mismos se pueden reflejar en documento aparte, bastando con que en el acta figure simplemente que las partes han alcanzado dicho acuerdo.

⁶⁵⁸Respecto de esta cuestión, señala BARONA VILAR que “obviamente se trata de incorporar una salvedad que evite posibles obstáculos de quien actuó involuntariamente en el procedimiento, o con artimañas y mala fe, y trató de entorpecer la labor del mediador en todo caso, por lo que si se produce la terminación del procedimiento –hay que pensar que será supuesto de *crisis* y no de acuerdo lógicamente– y debe levantarse acta de esta finalización del procedimiento, abriendo, en su caso, expectativas procesales posteriores, ora judiciales ora arbitrales, se permita la eficacia del acta a pesar de la negativa a firmarla de alguna de las partes”. *Ibíd.*, págs. 429-430.

Del tenor literal del art. 22 parece desprenderse la necesidad de que en el acta figuren de forma clara y comprensible todos los acuerdos alcanzados, y la identidad por tanto de este documento con el acuerdo de mediación. Sin embargo, posteriormente, en el art. 25, que se refiere a la formalización como título ejecutivo del acuerdo de mediación, se estipula que “el acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento”, por lo que parece dar a entender que acuerdo de mediación y acta final son dos documentos diferentes, y lo que no parece tener mucho sentido es que los posibles acuerdos alcanzados por las partes tengan que figurar por duplicado en dos documentos diferentes.

Entiendo que lo que el legislador ha querido reflejar es que se ha de dejar constancia en el acta final de si la mediación ha finalizado con acuerdo o no, pero que no es necesario que en dicho documento hayan de constar concreta y detalladamente todos los términos de los pactos que las partes hayan podido alcanzar. Estos pactos y acuerdos concretos de las partes habrán de figurar en otro documento distinto al acta final, que es el acuerdo de mediación⁶⁵⁹.

2.5.3 Finalización del proceso con acuerdo

Como se ha comentado, cabe la posibilidad de que, tras haberse celebrado el procedimiento de mediación, las partes no hayan sido capaces de llegar a una solución, pero, sin duda, el fin ideal de la mediación es precisamente lo contrario,

⁶⁵⁹ En el mismo sentido, señala MARQUES CEBOLA que “los dos documentos deberán ser distintos y que el acta final no deberá contener el acuerdo de las partes. Pensamos que en aplicación del principio de confidencialidad de la mediación, éste deberá abarcar no sólo los documentos y declaraciones emitidas durante las sesiones, sino también el acuerdo final, si esa fuera la voluntad de los mediados. Por eso anteriormente consideramos que la homologación del acuerdo de mediación a efectos de ejecución tiene la ventaja de permitir que las partes mantengan el acuerdo como confidencial. En este sentido, el contenido del acuerdo no deberá constar en el acta final (...). Evidentemente, la existencia de un acta final es importante puesto que declara formalmente la conclusión de la mediación, lo que tendrá efectos, por ejemplo, en términos de los plazos de suspensión y prescripción del Derecho. Sin embargo, bastará que en el acta final conste la información sobre la forma en que ha concluido la mediación, con o sin acuerdo, no siendo relevante que se introduzcan las convenciones de las partes. El acuerdo de mediación deberá constar en un documento autónomo que solamente será divulgado si esa fuere la voluntad de las partes o, en caso de necesidad, para obtener título ejecutivo a través de su homologación o ejecución forzosa directa, atendiendo a las opciones de cada ordenamiento jurídico”. MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, op. cit., págs. 215-216.

es decir que dichas partes hayan llegado a un acuerdo que zanje definitivamente sus diferencias y satisfaga sus intereses⁶⁶⁰.

2.6 EL ACUERDO DE MEDIACIÓN

2.6.1 Naturaleza jurídica, requisitos formales y contenido mínimo

Tal y como apunta BONET NAVARRO, “el acuerdo de mediación, desde el punto de vista del Derecho sustantivo, constituye un contrato de transacción, tal y como aparece conceptuado en el artículo 1809 del Código Civil: contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado. Es decir, el acuerdo de mediación no es sino una transacción asistida a través de un procedimiento específico regulado en la Ley”⁶⁶¹.

El mediador es el guía que ha de ayudar a las partes a construir y formalizar el acuerdo, pero sólo éstas han de decidir si suscriben el mismo o no. En este sentido, el mediador ha de tener muy claro que las partes están convencidas de la bondad del acuerdo y de que éste cumple todas sus expectativas. Si el mediador percibe cualquier síntoma de indecisión, duda o recelo por alguna de las partes respecto de alguno de los términos del acuerdo no debe permitir que las partes firmen el mismo. No tiene sentido, en ningún caso, forzar a las partes a que firmen un acuerdo del que no están plenamente convencidas porque la consecuencia lógica va a ser su incumplimiento⁶⁶².

Tampoco valen los acuerdos poco trabajados o mal cerrados, lo más normal es que este tipo de acuerdos acaben incumpléndose igualmente.

⁶⁶⁰ Como señala MARTÍN DIZ, “el cierre de una mediación a través del acuerdo entre las partes implica la consecución del objetivo: resolver el conflicto a través de este sistema complementario y extrajudicial, y a ello se habrá llegado gracias a los buenos oficios del mediador y a la voluntad de las partes de construir y formalizar una solución que les resulte adecuada y aceptable para sus intereses”. MARTÍN DIZ, F., *La mediación como sistema complementario...*, op. cit., págs. 124-125.

⁶⁶¹ BONET NAVARRO, A. (Dir.), *Proceso Civil y Mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 186.

⁶⁶² En este sentido, apunta ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS que “la función del mediador debe ser de facilitador para crear ese diálogo y no para llegar a la solución. La filosofía contraria no haría más que acuerdos inviables y soluciones no satisfactorias para las partes”. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “La mediación empresarial conforme a la Ley 5/2012”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de...*, 2ª ed., op. cit., pág. 650.

El mediador ha de cerciorarse de que las partes entienden perfectamente todos los términos de los pactos alcanzados, así como sus consecuencias y eficacia. Los pactos que las partes puedan alcanzar sobre las distintas cuestiones litigiosas han de ser claros, concisos, detallados y han de recoger fielmente la voluntad expresada por las partes, pero no han de observar ninguna forma concreta o determinada⁶⁶³.

Tal y como se establece en el art. 23 de la Ley 5/2012, “el acuerdo puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a mediación”, cabe por tanto la posibilidad de acuerdos parciales y los mismos tendrían plena validez y eficacia.

Como señala MARTÍN DIZ, “es perfectamente admisible la finalización de la mediación mediante un acuerdo parcial. Esto es, el acuerdo entre las partes puede ceñirse a algunos de los aspectos conflictivos que han sido objeto de la mediación, dejando pendientes (por no llegarse a un consenso, por ser imposible el mismo, o por cualquier otro motivo) otros que podrían, perfectamente, ser resueltos a través de otro medio de solución de conflictos jurídicamente regulado. Por tanto, la finalización de la mediación no tiene que ajustarse obligatoriamente a la obtención de un acuerdo total, sobre todos los puntos en conflicto, sino que es perfectamente viable la posibilidad de un acuerdo parcial”⁶⁶⁴.

Por su parte, BARONA VILAR apunta que “el acuerdo como toma de decisión de las partes en relación con su conflicto puede –y así sucede en muchas ocasiones– no abarcar a todo el conflicto, dando lugar a la diferenciación entre acuerdo total y acuerdo parcial. El primero ofrece una respuesta de consenso de todo el conflicto, mientras que el segundo tan solo cierra el conflicto respecto de una parte del mismo, lo que puede analizarse desde un punto de vista negativo –sigue existiendo

⁶⁶³ Tal y como pone de manifiesto VIOLA DEMESTRE, “si, como regla general, los acuerdos celebrados entre dos o más partes no requieren de unas formalidades específicas, tampoco debería exigirse formalidad alguna a los acuerdos obtenidos entre las partes en el marco de un procedimiento de mediación, pues el mediador ni quita ni pone nada en los acuerdos, tan solo favorece que las partes los generen, preservando, eso sí, la voluntariedad en pactarlos, así como la imparcialidad y la neutralidad respecto de ellas”. VIOLA DEMESTRE, I., “La forma de la mediación y sus acuerdos (especial referencia a su regulación en la Ley 15/2009, de 22 de julio, sobre mediación en el ámbito del derecho privado)”, en LAUROBA, E., BARRAL, I., VIOLA, I. (Dirs.), *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit., pág. 414.

⁶⁶⁴ MARTÍN DIZ, F., *La mediación como sistema complementario...*, op. cit., pág. 125.

conflicto entre las partes– o desde un punto de vista positivo, se ha reducido notablemente el conflicto y esta reducción se ha producido por voluntad trabajada de las partes, lo que, en todo caso, y aunque abre expectativas procesales posteriores para plantear el conflicto restante, las posiciones de las partes ya no son como en el inicio, opuestas y enconadas, porque el trabajo común ha suavizado necesariamente los ánimos encrespados con los que las partes se aproximaron al procedimiento de mediación”⁶⁶⁵.

Se estipula igualmente en el referido artículo 23, que en “el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento”.

Respecto de la exigencia de que consten nuevamente los datos de las partes, parece una tanto reiterativo ya que los mismos constan previamente en la sesión constitutiva y en el acta final, pero en cualquier caso no está de más que figuren nuevamente en el documento formal que refleje el acuerdo. Si se trata de personas jurídicas, obviamente, habrán de figurar los datos relativos a su denominación o razón social, domicilio, así como las personas que hayan ejercido la representación de la misma durante el procedimiento de mediación.

Si las partes han estado representadas en el procedimiento de mediación, por ejemplo por sus abogados u otros asesores jurídicos o de otra índole, establece el art. 23.2 que el acuerdo podrá ser firmado por las partes o sus representantes. Entiendo que, en cualquier caso, no hay ningún inconveniente para que dicho acuerdo pueda ser firmado por todos, es decir tanto por las partes como por sus representantes, es más, diría que es preferible que así fuese para dejar constancia de dicha intervención.

Se hace referencia a la firma del acuerdo, sin embargo nada se refiere en la Ley acerca que quien habrá de redactar el acuerdo de mediación, si habrá de hacerlo el

⁶⁶⁵ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 435.

propio mediador o si habrán de hacerlo las partes o sus representantes, por lo que en principio podrán hacerlo cualquiera de ellos.

Si el que redacta el acuerdo es el propio mediador, con carácter previo a la firma del mismo por las partes o sus representantes, habrá de leer el mismo a dichas partes y cerciorarse de que efectivamente coincide fielmente con la voluntad expresada por éstas⁶⁶⁶.

Si son las partes las que redactan el acuerdo, en principio es lógico entender que el documento efectivamente recoge los pactos alcanzados por las mismas y además está suscrito y firmado por ellas.

Pero, si son los representantes de las partes los que van a redactar el acuerdo, por ejemplo sus abogados, lo cual por otra parte puede ser bastante habitual en el caso de que se trate de cuestiones legales y haya de darse forma jurídica al documento, entiendo que el mediador también habría de comprobar que efectivamente el acuerdo finalmente redactado recoge fielmente la voluntad de las partes, por lo que si aprecia que no es así, quizás sería conveniente reunir a las partes con sus representantes y el propio mediador a fin de aclarar las posibles divergencias y verificar que efectivamente las partes entienden perfectamente el alcance y significado del documento finalmente suscrito y muestran su conformidad con el mismo.

Como he comentado, el acuerdo de mediación sólo tiene que ser firmado por las partes o sus representantes, no por el mediador, a diferencia de que lo que se establecía en el anterior Decreto-ley, de 5 de marzo de 2012, cuyo art. 23.2

⁶⁶⁶ En el mismo sentido, señala MARQUÉS CEBOLA que “obtenido el acuerdo, el mediador deberá cerciorarse de que corresponde a la libre voluntad de las partes, sin influencia de ningún tipo de presión. Por otro lado, el mediador deberá asegurarse de que las partes tienen conciencia del alcance práctico de la solución pactada, concretamente de la asunción de responsabilidad que ésta exigirá. Así, por ejemplo, si un padre acepta el pago de una determinada prestación de alimentos a su hijo, deberá tener presente su capacidad económica sin sobrepasar la medida de sus posibilidades. Consideramos incluso que es función del mediador aconsejar a las partes que recurran a un abogado o procurador para obtener asesoría legal y percibir el alcance del acuerdo. Esta asesoría pretende garantizar la total aclaración de los mediados con respecto a las premisas convencionales que han acordado y, en esta medida, se contribuye a la eficacia futura del acuerdo. Por otro lado, demuestra la total ausencia de compromiso o interés del mediador frente a la obtención final del acuerdo. Lo que este profesional pretende tan sólo es que las partes puedan construir por ellas mismas la solución de su conflicto y que esta solución sea consciente y responsable”. MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, op. cit., págs. 214-215.

disponía que “el acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes y presentarse al mediador, en el plazo máximo de diez días desde el acta final, para su firma”. En dicho Decreto-ley tampoco se establecía expresamente quién habría de redactar finalmente el acuerdo de mediación, si bien sí que parece desprenderse más claramente, a tenor de lo dispuesto en el citado art. 23.2, que habrían de ser las propias partes o sus representantes quienes habrían de hacerlo y luego presentar el documento al mediador para su firma en el plazo máximo de diez días.

Ha de figurar igualmente el lugar y la fecha en que se suscribe el acuerdo. Son meros datos formales que permiten constatar la realidad de lo acontecido, pero que además pueden llegar a tener trascendencia porque no hay que olvidar que en el acta de sesión constitutiva las partes tenían que determinar el lugar de celebración, entre otros datos, por lo que de haberse finalmente celebrado el procedimiento de mediación en un lugar distinto al inicialmente pactado, el mismo podría estar viciado, al igual que en el supuesto de que hubiesen acordado un plazo máximo de duración del procedimiento y la fecha que figure en el acuerdo haya sobrepasado el límite establecido por las propias partes⁶⁶⁷.

En el acuerdo deben constar claramente “las obligaciones que cada parte asume” en virtud de los pactos alcanzados. Por tanto, ha de quedar claramente definido el contenido material de dichos acuerdos para que dichas partes sepan a qué tienen que hacer frente.

Las partes pueden acordar lo que quieran, en virtud del carácter dispositivo de las materias sobre las que están mediando, el único límite lo encuentran en el ordenamiento jurídico, es decir no pueden llegar a pactos que sean contrarios a Derecho. En virtud de lo dispuesto en el art. 1255 del Código Civil, las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público, acuerdos que además van a tener fuerza de ley entre las propias partes. Por tanto, estos acuerdos, de conformidad con el principio de libertad de forma de los negocios jurídicos que rige en nuestro ordenamiento jurídico, tendrán plena eficacia,

⁶⁶⁷ Vid. BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 447.

cualquiera que sea su forma, siempre que concurren las condiciones esenciales para su validez y existencia.

En este sentido, es fundamental que el mediador tenga conocimientos jurídicos suficientes como para discernir la viabilidad jurídica de los pactos alcanzados por las partes. El mediador no puede permitir, en ningún caso, que las partes lleguen a concluir acuerdos que no sean viables jurídicamente y ha de detener el procedimiento de mediación antes de que las mismas puedan llegar a tal situación, haciéndoles ver que tales pactos pueden dar lugar a complicaciones legales por lo que lo más recomendable es que comenten esas cuestiones con sus respectivos asesores jurídicos. De dejarles continuar en el procedimiento y concluir tales acuerdos –por ejemplo, pactar la no obligación de prestar alimentos en caso de que el progenitor no custodio no disponga en ese momento de ingresos económicos– se estarían creando falsas expectativas en las partes y se estarían igualmente frustrando los fines propios de la mediación. Si el mediador dejase que las partes concluyesen tal acuerdo y luego quisieran protocolizar el mismo, no podrían hacerlo, por lo que podrían exigir al mediador las posibles responsabilidades en que hubiera podido incurrir por los daños y perjuicios que las partes entiendan les han sido ocasionados.

En este sentido, se establece igualmente en el art. 23 que en el acuerdo habrá de indicarse el mediador o mediadores que hayan intervenido y, en su caso, la institución de mediación en la que se haya desarrollado el procedimiento. Lógicamente, este aspecto supone una garantía para las propias partes que han de saber la identidad y demás datos de la persona que ha actuado como mediador en el procedimiento, así como, en su caso, de la institución para la que presta sus servicios, a efectos de posibles reclamaciones o responsabilidades.

También habrá de constar en el acuerdo que el procedimiento de mediación se ha seguido de conformidad con las previsiones de la Ley. Dicha previsión ha sido introducida por el legislador para diferenciar los acuerdos de mediación que pueden ser elevados a escritura pública, tramitados al amparo de lo dispuesto en la Ley 5/2012, adquiriendo de esta forma eficacia ejecutiva, de los que han sido alcanzados no ajustándose a lo dispuesto en la misma que no tendrían un efecto

directo jurídicamente vinculante⁶⁶⁸. Aunque en la práctica la diferencia es prácticamente irrelevante, toda vez que cualquier acuerdo alcanzado en un tema, por ejemplo, excluido del ámbito de aplicación de la Ley, como un conflicto de consumo, alcanzaría igualmente eficacia ejecutiva si es elevado a escritura pública con la conformidad de todas las partes, a tenor de lo dispuesto en el art. 517.4 LEC.

Una vez firmado el acuerdo de mediación, habrá de entregarse un ejemplar original a cada una de las partes, habiendo igualmente de conservar el mediador o la institución de mediación un ejemplar para su conservación. El mediador o la institución habrán de tener constancia de la entrega de los acuerdos a las partes, habiendo para ello de firmar éstas un recibí del mismo o bien haciéndolo constar en el acta final.

Como pone de manifiesto BARONA VILAR, “en el supuesto de que el procedimiento se haya realizado todo o en parte a través de medios electrónicos, si el acuerdo se suscribe mediante estos medios, no es tan necesario efectuar la *traditio* en los términos de entrega del documento, por cuanto al expediente electrónico tiene acceso con una clave o firma digital cada uno de los que han participado en el procedimiento. De este modo, están en posesión del acuerdo, que se ha transcrito en vía electrónica y del que tienen acceso todas las partes. Existen medios electrónicos para verificar la recepción e información de cuanto ha acontecido en el expediente electrónico, así como entender que se ha efectuado esa entrega en los términos legalmente establecidos. Ello no es óbice a aquellos supuestos en los que el procedimiento no se realiza totalmente en línea, sino que tan sólo algunas actuaciones se despliegan mediante medios electrónicos, dado que en estos casos es posible que el acuerdo sea por escrito en papel o bien que figure en un documento electrónico, pudiéndose entregar una copia del meritado documento electrónico”⁶⁶⁹.

⁶⁶⁸Tal y como se pone de manifiesto en el Expositivo II del Preámbulo de la Ley 5/2012, “la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles”.

⁶⁶⁹BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 450-451.

2.6.2 Carácter vinculante del acuerdo de mediación

El mediador tiene la obligación, tal y como se estipula en el art. 23, de informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado, así como de la posibilidad que tienen de dotar al mismo de fuerza ejecutiva elevándolo a escritura pública ante un notario, si se trata de una mediación extrajudicial, o bien solicitando su homologación judicial si se tratase de un acuerdo de mediación por derivación judicial o intrajudicial.

El carácter vinculante del acuerdo de mediación dimana de su propia naturaleza de contrato inter partes y así se lo ha de hacer saber el mediador a las propias partes, significándoles la posibilidad que tienen de hacer valer el mismo ante un tribunal en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones pactadas, pero no de solicitar directamente su ejecución⁶⁷⁰.

Tal y como señala SÁNCHEZ POS, “si bien el acuerdo ostenta eficacia vinculante y podrá, por ello, hacerse valer a través de un procedimiento judicial, el mismo carece de efectos de cosa juzgada, por lo que nada impide la puesta en marcha por cualquiera de las partes de un proceso judicial o arbitral posterior sobre el mismo objeto de la controversia”⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ En este sentido, señala BONET NAVARRO que “por supuesto, la mediación, que tiende a conseguir el efecto liquidador del conflicto existente, no alcanza, por sí, más que el carácter vinculante del acuerdo logrado (art. 23.3.II LMed). Un carácter que lo tiene, de forma general, cualquier otro contrato (art. 1091 CC) y más específicamente la transacción extrajudicial (art. 1816 CC)”. BONET NAVARRO, A. (Dir.), *Proceso Civil y Mediación...*, op. cit., pág. 90. Por su parte, apunta BARONA VILAR que “podríamos considerar que si las partes no deciden elevar a escritura pública el acuerdo, y, por ello, no van a convertir el acuerdo en título ejecutivo, asumen que estamos ante una relación contractual y, como tal, obviamente, es vinculante para las partes. Vinculante no es sino la aparición de obligaciones para ambas partes, derivadas de la suscripción del acuerdo. ¿Qué sucedería si alguna de las partes no cumpliera con lo pactado? Estaríamos ante un supuesto semejante al incumplimiento contractual, y por tanto pudiendo plantear cualesquiera de las vías de acceso a la Justicia que se permiten en nuestro ordenamiento jurídico, y, dado que precisamente lo que se ha quebrado aquí es la voluntad pactada de ambas partes, lo más común será acudir a los tribunales de justicia a reclamar, por medio del proceso declarativo que corresponda, lo pactado en el acuerdo, o, en su caso, de existir un convenio arbitral, acudir a un proceso arbitral. Lo que no cabría en este supuesto es instar la ejecución forzosa porque carecería de título ejecutivo y habría que generarlo a través de una resolución que así lo confirmare (laudo arbitral o sentencia judicial”. BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 477-478.

⁶⁷¹ CORDÓN MORENO, F. y SÁNCHEZ POS, M.V., *La Ley de Medidas de Agilización Procesal y la Ley de Mediación: Exposición de las Reformas Recientes de la Justicia Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 128-129.

En el mismo sentido, apunta BONET NAVARRO que “el simple acuerdo privado, vinculante en términos contractuales (art. 1091 CC) para las partes otorgantes, que, tras la mediación de un tercero, resuelven sus diferencias, poniendo término o evitando la controversia, no acarrea por sí solo el efecto de la ejecutividad. Los términos del artículo 1816 CC son bien claros a este respecto: *no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial*. La intervención del mediador, oportuna para la formación del convenio o acuerdo, no es relevante en la creación, propiamente dicha, de éste”⁶⁷².

Precisamente por ello, el legislador ha establecido la posibilidad de dotar de esta eficacia ejecutiva a los acuerdos de mediación a través de su elevación a escritura pública o de su homologación judicial, confiriéndoles de esta forma plena eficacia jurídica y un plus de garantía para las propias partes. Tal y como pone de manifiesto BARONA VILAR, “en todo caso, la atribución potencial del valor de título ejecutivo, por decisión de las partes, es un mecanismo de presión, que favorece que las partes actúen bajo los principios de lealtad, buena fe y colaboración con los mediadores y la otra parte contraria, a sabiendas de que el resultado que se alcance, más allá de utilizar la mediación como un mecanismo entorpecedor y dilatorio, responde a unas coordenadas de exigibilidad que ofrecen una mayor potencialidad ejecutiva que una transacción convertida en un contrato entre las partes. Esa fuerza ejecutiva que se otorga al acuerdo comporta un plus de seguridad en la mediación, como se dispone en el Considerando (19) de la Directiva 2008/52/CE (*Los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva*)”⁶⁷³.

⁶⁷² BONET NAVARRO, A. (Dir.), *Proceso Civil y Mediación...*, op. cit., pág. 152.

⁶⁷³ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 440-441. Señala además la citada autora que “en la mayor parte de los países europeos al solución adoptada viene a ser muy similar a la española, por cuanto como acuerdo tiene valor contractual, y esa vinculación entre las partes es una realidad insoslayable. En el ámbito jurisdiccional se puede convertir en título ejecutivo por dos vías, ora la judicial en los casos en que se produce una incorporación de la mediación al proceso del que derivó, generándose un título ejecutivo judicial, ora el título ejecutivo convencional, fruto de la intervención de un tercero que otorga fe pública. Las condiciones pueden variar, pero el esquema general es prácticamente en todos los países europeos el mismo”.

2.6.3 Nulidad del acuerdo de mediación

Por último, se señala en el art. 23.4 de la Ley 5/2012, que “contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”. Este apartado no hace sino reforzar el carácter contractual en esencia de los acuerdos de mediación. Lógicamente, las partes no van a poder ir contra sus propios actos, toda vez que el acuerdo alcanzado lo ha sido de forma voluntaria, por lo que no tiene sentido que el mismo pueda ser impugnado en cuanto al fondo por las mismas partes que lo han consensuado.

Tal y como señala BARONA VILAR⁶⁷⁴, podrían considerarse como causas de nulidad del acuerdo adoptado en el procedimiento de mediación, las siguientes:

“1º.- Haber excedido los límites de la autonomía de la voluntad en la conformación del acuerdo que se alcanza en mediación. Podría producirse esta situación cuando el acuerdo fuere contrario al orden público o fuere un acuerdo ilícito, por ejemplo (...).

2º.- La inexistencia, la falta absoluta de determinación o la ilicitud del objeto del acuerdo (...).

3º.- La inexistencia o la ilicitud de la causa del acuerdo (...).

4º.- La falta absoluta de forma cuando se exige una determinada conformación formal por ley (...).

A dichas causas de nulidad, habría que añadir aquellas que afectan al consentimiento otorgado por las partes, por lo que si éste ha sido prestado por error, violencia, intimidación o dolo, el mismo será nulo al amparo de lo dispuesto en el art. 1265 CC.

Para que el error pueda llegar a invalidar el consentimiento deberá recaer sobre algún aspecto esencial del acuerdo alcanzado, es decir sobre la sustancia objeto de la transacción. Cuando el error recaiga sobre la persona sólo invalidará el acuerdo cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo. Los

⁶⁷⁴ *Ibíd.*, págs. 486-487.

simples errores aritméticos o de cuenta no darán lugar a su nulidad, sino simplemente a su corrección o subsanación⁶⁷⁵.

Se entenderá que existe violencia, cuando para haber conseguido el consentimiento se haya empleado una fuerza irresistible. Y se considerará que hay intimidación cuando se infunda a alguna de las partes el temor racional de sufrir, bien en su persona o bienes, o en los de algunas de sus más allegadas (cónyuge, ascendientes o descendientes), de sufrir un mal inminente y grave. La violencia y la intimidación serán causa de nulidad del acuerdo de mediación tanto cuando hayan sido empleadas directamente por una parte contra la otra, como cuando lo haya podido hacer un tercero ajeno al procedimiento⁶⁷⁶.

Habrá dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas una de las partes lleve a concluir el acuerdo a la otra, de forma tal que sin dichas palabras o maquinaciones la misma no hubiese concluido el acuerdo⁶⁷⁷. Para que el dolo llegue a producir la nulidad del acuerdo deberá ser grave, es decir deberá ser definitivo para la conclusión del mismo.

Tal vez la intimidación –si está siendo llevada a cabo a espaldas del mediador– y el dolo sean las causas que más problemas pueden entrañar para su detección. En cualquier caso, el mediador debe estar pendiente a lo largo de todo el procedimiento de mediación de que precisamente las partes se comporten de buena fe y comprendan en todo momento el alcance y significado de sus actos y por supuesto de los posibles pactos alcanzados, y si el mediador percibe que existe algún tipo de intimidación o que realmente una de las partes va a ser conducida dolosamente a la conclusión de dichos acuerdos debe parar el procedimiento antes de su firma.

2.6.4 Eficacia y ejecutividad del acuerdo de mediación

Ya en el art. 6 de la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y*

⁶⁷⁵ Vid. Art. 1266 CC.

⁶⁷⁶ Vid. arts. 1267 y 1268 CC.

⁶⁷⁷ Vid. art. 1269 CC.

mercantiles, se establecía que los Estados miembros tenían que garantizar que las partes, o una de ellas con el consentimiento de las demás, pudiesen solicitar que se dotase de carácter ejecutivo al contenido resultante de un acuerdo de mediación, salvo que éste fuese contrario al Derecho del Estado miembro en cuestión, o bien en dicho Estado no se contemplase expresamente el carácter ejecutivo de los mismos.

El legislador español, siguiendo las normas mínimas establecidas por la Directiva, finalmente ha optado por supeditar la adquisición de eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación a su previa elevación a escritura pública ante un notario, si se trata de una mediación extrajudicial, o bien a su homologación judicial si se trata de un acuerdo de mediación alcanzado en el marco de un procedimiento judicial abierto.

Y es que, como comenté anteriormente, el acuerdo de mediación tiene eficacia jurídica y es vinculante para las partes, pero *per se* carece de eficacia ejecutiva directa.

En este sentido, señala BONET NAVARRO que “el esfuerzo desarrollado por el legislador español al concebir este –así considerado– nuevo sistema de resolución de controversias no se detiene cuando se consigue establecer el procedimiento para obtener rápidamente el acuerdo que evita el pleito o pone término al iniciado, vinculando contractualmente a las partes otorgantes, sino que busca alcanzar la misma eficiencia que, en el orden de los principios, ofrece la resolución judicial definitiva de condena o el título ejecutivo de carácter convencional. Es importante que las partes alcancen un acuerdo que resuelva el conflicto con la vinculación que deriva de la fuerza de los contratos (art. 1091 CC); la controversia está resuelta por la expresada voluntad de los contratantes. Además, según expresa la Directiva citada, la circunstancia de haberse conseguido la solución por la intervención de ambas partes interesadas, y no por un tercero, puede propiciar *que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes*. Pero, objetivamente eso representa bien poco en el ámbito de la solución definitiva del conflicto cuando, al transcurrir

el tiempo, una de las partes está obstinada en no querer cumplir lo pactado en el acuerdo”⁶⁷⁸.

Y es que, efectivamente, si el acuerdo de mediación es incumplido y no ha sido previamente elevado a escritura pública ante un notario, en caso de mediación extrajudicial, u homologado por el órgano judicial, en caso de mediación intrajudicial, carecería de eficacia ejecutiva.

A. Mediación extrajudicial: elevación a escritura pública

Por lo que respecta a la mediación extrajudicial, establece el art. 25.1 de la Ley 5/2012 que “las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador”⁶⁷⁹.

Del referido precepto podemos reseñar en primer lugar la voluntariedad de la que disponen las partes para elevar a público el acuerdo alcanzado a fin de dotarle de ejecutividad. Así, se señala expresamente que “las partes podrán elevar a escritura pública”, configurándose pues como una facultad de las partes, no como una obligación⁶⁸⁰.

Además, se señala que el acuerdo habrá de presentarse por “las partes”, es decir por ambas, no basta pues con que una de ellas inste su elevación a público, sino que tendrán que ser las dos las que lo hagan al tiempo. Si una vez suscrito y firmado el acuerdo de mediación una de las partes es compelida por la otra para su formalización como título ejecutivo y ésta se niega, la parte requirente no podrá forzarla a llevarlo a cabo, quedándole como única opción en caso de

⁶⁷⁸ BONET NAVARRO, A. (Dir.), *Proceso Civil y Mediación...*, op. cit., pág. 151.

⁶⁷⁹ Para BONET NAVARRO, la escritura pública como vehículo documental del acuerdo de mediación es el idóneo “puesto que la escritura pública es el documento notarial que tiene *como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases*”. *Ibíd.*, pág. 190.

⁶⁸⁰ Según BARONA VILAR, la justificación de esta voluntariedad radica en “la naturaleza misma de la institución de mediación, que descansa en todos sus pilares, y salvo los límites de los principios esenciales legalmente establecidos, sobre la autonomía de la voluntad de las partes que intervienen y, en su caso, convienen”. BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 496.

incumplimiento del acuerdo hacer valer su eficacia jurídica en el procedimiento judicial declarativo que corresponda.

Para evitar este tipo de situaciones, –que podrían producirse por ejemplo cuando se deje transcurrir excesivo tiempo para la elevación a escritura pública desde la firma del acuerdo y en ese tiempo se hayan podido modificar las circunstancias en las que tuvo lugar la adopción de dicho acuerdo–, lo recomendable es proceder de forma inmediata a la formalización como título ejecutivo del acuerdo de mediación, pudiendo las partes en el propio acuerdo compelerse a hacerlo en el plazo que ambas decidan.

Por tanto, sería conveniente que las partes, para evitar cualquier tipo de sorpresa o incumplimiento, introduzcan en los acuerdos que firmen pactos o cláusulas que impliquen el compromiso de las mismas de elevar a público el acuerdo alcanzado para dotarle de eficacia ejecutiva al amparo de lo dispuesto en la Ley, pudiendo incluso incluir penalizaciones para la parte que incumpla dicha obligación⁶⁸¹. Las cláusulas también pueden contener el compromiso de que cualquiera de las partes cumplirá con el requerimiento de elevar el documento a escritura pública cuando sea requerido para ello por la otra, siendo penalizada igualmente en caso de incumplimiento de dicha obligación.

Se dispone igualmente en el citado art. 25 de la Ley que al acuerdo de mediación habrán de acompañarse “copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador”, lo cual por otra parte es lógico teniendo en cuenta que el mediador sólo ha ayudado a las partes a conseguir el acuerdo, pero el mismo es fruto de la convergencia de voluntades de éstas, al igual que la decisión de elevarlo a escritura pública y dotarle de eficacia ejecutiva. El mediador no ha de firmar el acuerdo y tampoco ha de comparecer ante el notario, pero su presencia en todo caso queda patente ante la necesidad de aportar copia de las actas de la sesión constitutiva y de la sesión final.

⁶⁸¹ En este caso además, en caso de incumplimiento y de tener que acudir a la vía judicial, sería de aplicación el art. 1279 CC que establece que “Si la ley exigiese el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”.

Tal y como señala BARONA VILAR, “la creación del título ejecutivo no sólo se efectúa como consecuencia de la presentación del acuerdo, dado que, además, necesita una acreditación de que se participó voluntariamente en un procedimiento de mediación. Para ello, el notario deberá contar con la justificación del momento en que las voluntades de acudir y estar en mediación se produce, así como el momento en el que se pone fin al procedimiento, y que va a estar estrechamente vinculado con el acuerdo que se adopte. Pero repárese que en esta documentación quien es el verdadero protagonista es el mediador, en cuanto es quien suscribe las actas. Es por ello que la creación del título ejecutivo extrajurisdiccional necesita de la participación de los que intervinieron en la formación del acuerdo, lo que afecta no sólo a las partes en el conflicto, sino también al mediador. No significa que se exija la presencia del mediador, como exime de esta obligación el artículo 25.1, II de la Ley 5/2012, sino que queda subsumida su participación en la presentación de las actas constitutiva y final, que van rubricadas por el mediador”⁶⁸².

Pero no es suficiente con acudir al notario con el acuerdo y las actas de sesión constitutiva y de sesión final, para que, sin más, éste proceda a elevar a escritura pública y dotarle de esta forma de eficacia ejecutiva, además el notario habrá de realizar un control de legalidad del documento y verificar que se han cumplido todos los requisitos exigidos en la propia Ley 5/2012, siendo fundamental en este sentido la constancia de la firma del mediador tanto en el acta de sesión constitutiva, como en la de sesión final, como garante de que efectivamente se ha seguido un procedimiento de mediación al amparo de lo preceptuado en la citada norma legal.

Es importante verificar que efectivamente el procedimiento se ha seguido cumpliendo lo establecido en la Ley 5/2012, porque, según pone de manifiesto BONET NAVARRO, “cuando la escritura eleva a público un acuerdo transaccional que no ha sido resultado de un procedimiento de mediación, su eficacia ejecutiva se limita a las obligaciones dinerarias o equivalentes, en los términos que establece el artículo 520 LEC, mientras que si lo elevado a público es el acuerdo de mediación al que se ha llegado a través del procedimiento regulado en la Ley de

⁶⁸² BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 496-497.

Mediación, su eficacia ejecutiva no tendrá esa limitación y será equiparable, a estos efectos, a la que corresponde a los títulos judiciales y los laudos arbitrales.

De ahí la importancia de que el notario que autorice la escritura en que se eleve a público el acuerdo de mediación, al ejercer el control de legalidad sobre el mismo, compruebe no sólo que su contenido no es contrario a Derecho, sino también que el acuerdo es fruto de un procedimiento que ha cumplido los requisitos exigidos por la Ley de Mediación. Porque si no fuera así, estaríamos ante un contrato de transacción fuera del ámbito de la Ley de Mediación y su eficacia ejecutiva sería la derivada del artículo 517.2.4, con la limitación del artículo 520, y así debería hacerlo constar el notario en la escritura”⁶⁸³.

El notario, además de verificar el cumplimiento de los requisitos que la Ley de Mediación establece, habrá de ejercer, como he comentado, un control de legalidad del acuerdo de mediación, previamente a su elevación a escritura pública, y eso es algo con lo que en la práctica algunos notarios ya han mostrado su descontento, primero por la responsabilidad que conlleva y segundo porque les obligan a calcular los honorarios de la escritura pública de formalización del acuerdo de mediación aplicando los aranceles correspondientes a los “documentos sin cuantía”, previstos en el número 1 del anexo I del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios⁶⁸⁴, por lo que entienden el trabajo a realizar excede con creces el beneficio económico que puede reportarles⁶⁸⁵.

⁶⁸³ BONET NAVARRO, A. (Dir.), *Proceso Civil y Mediación...*, op. cit., pág. 189.

⁶⁸⁴ Vid. Disposición adicional tercera de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

⁶⁸⁵ Sin embargo, tal y como pone de manifiesto BONET NAVARRO “el control de legalidad que regula la Ley de Mediación no es una función añadida a la notarial, que no formara ya parte esencial de ella. En efecto, con carácter general, puede decirse que el control de legalidad es una parte fundamental de la actuación del Notario, de modo que no se entiende ésta sin aquel. En España, como en muchos otros países en los que también está implantado un sistema notarial de corte latino o romano-germánico, el Notario no es mero fedatario pasivo que se limita a legitimar firmas, previa comprobación de la identidad de los otorgantes, sin entrar en el contenido del acto o negocio que se documenta. Por el contrario, como ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 207/1999) a los Notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad, sea con apoyo en una ley estatal o autonómica, dado que el art. 1 de la vieja Ley por la que se rige el Notariado, Ley de 28 de mayo de 1862, dispone que: El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, función de garantía de legalidad que igualmente destaca el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, en su art. 145,

Con respecto a este control de legalidad, señala BARONA VILAR que “más allá de la función de control formal de notario, se le está atribuyendo un control material, del fondo del acuerdo, esto es, se le concede una función de control jurídico, que puede llevar a que un acuerdo no sea elevado a escritura pública por considerar el notario que es contrario a derecho. Entraríamos dentro de los términos de ilicitud del acuerdo, referido precisamente al contenido del acuerdo”⁶⁸⁶.

En el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 8 de abril de 2011, se establecía el carácter directamente ejecutivo de los acuerdos de mediación, equiparándolo en efectos a la sentencia y al laudo arbitral, y se acordaba igualmente introducir las reformas oportunas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a tales efectos. Sin embargo, en el texto definitivamente aprobado se optó por no dotar de esta eficacia ejecutiva directa al acuerdo de mediación y no equiparar al mismo en efectos al laudo arbitral.

Tal y como pone de manifiesto BONET NAVARRO, “el legislador, a pesar de emparejar, en cierta manera, en un mismo rango de títulos ejecutivos al laudo y al acuerdo de mediación (art. 517.2.2º), no ha dado el paso de dotar al mediador de la facultad que tiene el árbitro para llevar a cabo la protocolización notarial del acuerdo con la petición de sólo una de las partes, como ha venido ocurriendo respecto del laudo arbitral en las leyes de arbitraje que se han sucedido en los últimos decenios”⁶⁸⁷.

A este respecto, señala VILALTA NICUESA que “la elevación a público exige dar a su contenido el carácter de escritura pública y los requisitos notariales para ello son los mismos en lo relativo a comparecencia, control de legalidad, capacidad, etc. Ello significa, en definitiva, erigir al fedatario público en garante de la legalidad de los acuerdos (filtro de legalidad). La simple protocolización exigida al laudo arbitral

*párrafo 2, al imponer a los Notarios no sólo la excusa de su ministerio sino la negativa de la autorización notarial cuando: el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral y a las buenas costumbres, o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la validez de los mismos. La función pública notarial incorpora, pues, un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público, y cabe afirmar, por ello, que el deber del Notario de velar por la legalidad forma parte de su función como fedatario público”. BONET NAVARRO, A. (Dir.), *Proceso Civil y Mediación...*, op. cit., pág. 212.*

⁶⁸⁶ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 498.

⁶⁸⁷ BONET NAVARRO, A. (Dir.), *Proceso Civil y Mediación...*, op. cit., pág. 178.

significará por el contrario que la actividad o intervención notarial se limita a incorporar al acta a su protocolo, debiendo para ello tan sólo incorporar dicho documento al protocolo, lo que puede ser llevado a cabo por cualquiera de las partes interesadas.

Según reza el artículo 211 del Reglamento Notarial, basta la declaración de voluntad del requirente para la protocolización o cumplimiento de la providencia que la ordene y bastará la afirmación del Notario de haberle sido entregado el documento a tales efectos. La protocolización persigue asegurar la identidad y existencia del documento en la fecha de su protocolización y ello puede llevarse a cabo bien transcribiendo en el acta que al efecto levante, o bien anexando el documento a dicha acta. Por el contrario, la elevación a público comporta, a tenor del artículo 147 del mismo Reglamento la redacción de un instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes que el Notario deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, así como asesorar e informar del valor y alcance de su redacción. Asimismo, y sin mengua de su imparcialidad, el Notario debe insistir en informar respecto de las cláusulas de las escrituras, debe comprobar que no contienen condiciones generales declaradas nulas y velar por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”⁶⁸⁸.

BONET NAVARRO concluye que la opción legislativa en materia de mediación es “coherente con la naturaleza del acuerdo de mediación. El mediador se diferencia del árbitro; el mediador se halla entre las partes, el árbitro se halla sobre las partes; el mediador no aporta a las partes la solución del conflicto, el árbitro lo resuelve (juzga), el mediador no tiene dominio alguno sobre la producción material del acuerdo, si se mantiene en los límites de la actuación que le señala la ley, el árbitro es el autor del laudo. El laudo es del árbitro; el acuerdo es de las partes contratantes. El acuerdo es autocompositivo y tiene naturaleza negocial, el laudo es heterocompositivo y tiene naturaleza jurisdiccional”⁶⁸⁹.

Se establece en el apartado tercero del art. 25 que cuando se trate de acuerdos de mediación que hayan de ejecutarse en otro Estado, “además de la elevación a

⁶⁸⁸ VILALTA NICUESA, A.E., *Mediación y arbitraje...*, op. cit., pág. 122.

⁶⁸⁹ BONET NAVARRO, A. (Dir.), *Proceso Civil y Mediación...*, op. cit., págs. 178-179.

escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea”. Como ya se comentó en este trabajo, la Ley 5/2012 es de aplicación tanto a los conflictos internos, como a los conflictos de carácter transfronterizo y, además, dentro de estos últimos tanto a los que afecten a ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea, como a los de otros Estados, a diferencia de la Directiva 2008/52/CE que únicamente hacía referencia a los conflictos transfronterizos que tuviesen lugar entre personas físicas o jurídicas de cualquiera de los Estados miembros.

Tal y como pone de manifiesto BARONA VILAR⁶⁹⁰, la duda se plantea en cuanto al papel que habrá de jugar el notario a la hora de elevar a escritura pública estos acuerdos de mediación transfronterizos. Señala la citada autora que la primera función del notario consistirá en verificar el cumplimiento de las obligaciones y requisitos que establece la ley de mediación española en relación con el procedimiento y especialmente con la conformación del acuerdo de mediación, independientemente de la naturaleza que tenga el litigio, si bien parece razonable una cierta flexibilización en la aplicación de esta exigencia atendiendo al carácter foráneo del acuerdo. En este sentido, la referencia a que no “sea contrario a Derecho”, no debe interpretarse en el sentido de que sea contrario al Derecho español sin más, o que la solución alcanzada no sea acorde con las soluciones que el mismo ofrece, así la mención a la contrariedad a Derecho, como referida al Derecho español sería correcta cuando no estemos refiriendo a una situación interna, sometida por tanto al Derecho español, pero no tendría un sentido claro y podría conducir a confusión cuando se trate de conflictos de carácter transfronterizo.

A este respecto, señala BONET NAVARRO que “en general, la demostración del contenido de la ley extranjera aplicable, tanto al procedimiento como al fondo del asunto, si éste se rigiera por ella, es un trámite complejo, acerca del cual la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 2005 ha dicho que, en el ámbito extrajudicial, al que pertenece el documento notarial, se sujeta a reglas especiales, que se apartan del artículo 281 de la Ley de

⁶⁹⁰ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 500-501.

Enjuiciamiento Civil, por lo que este precepto queda como subsidiario, para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero no proporcionen solución. En general, las normas del Reglamento Notarial (art. 169) y del Reglamento Hipotecario (art. 36) atribuyen margen al Notario para averiguar el Derecho extranjero; son diversos los medios que puede utilizar para ello, entre otros, la aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable.

Pero si el Notario no lo conoce, ni se le acredita, deberá denegar la autorización de la escritura. Lo que no puede hacer es resolver conforme al Derecho español si no se le acredita el Derecho extranjero aplicable, a diferencia de lo que está obligado a hacer el Juez (STC 155/2001 de 2 de julio de 2001), que no puede dejar de resolver los asuntos que se le sometan.

Una vez que le sea acreditado al Notario el Derecho extranjero aplicable, éste podrá no aplicarse si resulta contrario al orden público español. Esta apreciación forma parte del control de legalidad que ha de ejercer el Notario”⁶⁹¹.

B. Mediación intrajudicial: homologación judicial

Por último, el apartado 4 del art. 25 de la Ley 5/2012 hace referencia a la ejecutividad de los acuerdos alcanzados en el marco de una mediación conectada con los tribunales, es decir cuando ya hay un procedimiento judicial abierto sobre el litigio en el que se ha alcanzado el acuerdo de mediación.

En este caso, las partes habrán acudido al procedimiento de mediación bien por iniciativa propia, pudiendo incluso haber solicitado la suspensión del proceso judicial iniciado como les habilita el art. 19 LEC, o bien lo habrán hecho por derivación del propio órgano judicial, es decir invitadas o instadas por el juez a acudir a dicho procedimiento de mediación, habiendo en todo caso de haber aceptado voluntariamente el inicio del mismo, como no podía ser de otra forma. Si las partes alcanzan un acuerdo en el procedimiento de mediación tienen, por supuesto, la posibilidad de incorporar dicho acuerdo al proceso judicial y solicitar

⁶⁹¹ BONET NAVARRO, A. (Dir.), *Proceso Civil y Mediación...*, op. cit., págs. 231-232.

del juez su homologación que podrá producir, en su caso, la finalización del procedimiento judicial si el acuerdo versa sobre todas las cuestiones litigiosas, o bien la continuación de dicho proceso judicial sobre aquellas cuestiones que no hayan podido ser resueltas en mediación, toda vez que, como ya comenté, cabe la posibilidad de que el acuerdo de mediación sea parcial, es decir sobre algunas de las cuestiones sobre las que versa el conflicto, pero no sobre todas.

En este supuesto, obviamente, no es necesario que para la homologación del acuerdo se acompañen las copias de las actas inicial y final del procedimiento de mediación, toda vez que el propio juez tiene conocimiento de la existencia del mismo, porque probablemente haya sido él quien haya instado a las partes a acudir. De hecho, en la propia Ley nada se refiere tampoco al respecto.

El órgano judicial habrá de homologar, pues, el acuerdo de mediación que las partes hayan alcanzado, pero, como es lógico, no habrá de hacerlo sin más. No ha de realizar un control sobre el fondo de las cuestiones consensuadas por las partes, por lo que éstas habrán acordado lo que tengan por conveniente, pero si habrá de realizar un control de que efectivamente todos los acuerdos versan sobre materias o derechos disponibles para las partes y que dichos pactos no son contrarios a Derecho.

Una vez realizada la homologación por el juez, el acuerdo adquirirá automáticamente eficacia ejecutiva, sin embargo no se le concede eficacia de cosa juzgada a diferencia de lo que se establecía en el anterior Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2011.

Tal y como señala BARONA VILAR, “al desaparecer esta eficacia de cosa juzgada, lo que casa perfectamente con la idea de que aquí no hay decisión que haya juzgado el conflicto planteado, no se está eliminando la eficacia ejecutiva, sino que se está otorgando lo que es: el acuerdo vincula a las partes no porque se le otorgue efecto de cosa juzgada, sino por el ejercicio de la autonomía de la voluntad que ha llevado a *consensuar* y a asumir una decisión pactada, debiendo quedar vinculada a la misma a través de su conversión en título ejecutivo. En este caso que nos ocupa es título ejecutivo judicial, en virtud de la participación judicial en la homologación

del acuerdo, empero no es jurisdiccional, fruto de la función de declarar o de decir el derecho por el juez en el caso concreto a través de un proceso.

En este punto la situación que ha venido presentándose en el panorama español en relación con el auto homologando una transacción a la que el Código Civil venía mal atribuyendo efectos de cosa juzgada (art. 1816) pudiere perturbar las afirmaciones anteriores. La vinculación que tienen las partes a la transacción no se produce porque tengan la misma fuerza o produzcan los mismos efectos que una sentencia judicial firme, sino que su fuerza se halla en la vinculación a lo convenido o pactado, siendo que contra la misma todavía sería factible plantear una acción de nulidad pero por las causas que invalidan los contratos, no un proceso de anulación de la cosa juzgada generada por el título ejecutivo, similar a la que se regula en sede arbitral”⁶⁹².

2.6.5 Ejecución de los acuerdos de mediación

A. Competencia para ejecutar los acuerdos

Por lo que respecta a la competencia para ejecutar los acuerdos de mediación, se distingue en el art. 26 de la Ley 5/2012, según se trate de acuerdos de mediación que hayan sido alcanzados en el marco de un procedimiento judicial iniciado, en cuyo caso, lógicamente, quien habrá de ejecutar el acuerdo será el mismo juez que lo ha homologado, de aquellos acuerdos de mediación que han sido concluidos y formalizados tras un procedimiento de mediación extrajudicial, en cuyo caso el órgano judicial competente para llevar a cabo la ejecución del mismo será el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado dicho acuerdo de mediación, de conformidad con lo previsto en el art. 545.2 LEC.

En dicho art. 545.2 LEC se establece expresamente que “cuando el título sea un laudo arbitral o un acuerdo de mediación, será competente para autorizar o denegar la ejecución y el correspondiente despacho el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo o se hubiera firmado el acuerdo de mediación”. Como se puede apreciar, la norma alude no sólo a la autorización

⁶⁹² BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 494-495.

para despachar la ejecución, sino también a la posibilidad de que el órgano judicial pueda denegar la misma, lo que además ahora podrá ser consecuencia no sólo del incumplimiento de alguno de los requisitos y presupuestos formales del título ejecutivo, previstos en el art. 551 LEC, sino también de que dicho acuerdo pueda ser contrario a Derecho.

Tal y como señala SÁNCHEZ POS, “puede observarse, pues, que al Juez encargado de la ejecución se le encomienda una nueva fiscalización del contenido del título ejecutivo, posterior a la que en dicha sede ha sido ya realizada por el notario encargado de la elevación a escritura pública del acuerdo o por el propio Juez en la homologación de dicho acuerdo. A tal fin, además, se añade un nuevo párrafo al art. 550.1.1º de la LEC, que obliga a acompañar a la demanda ejecutiva copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento de mediación”⁶⁹³.

En el mismo sentido, y refiriéndose a la actividad que habrá que desempeñar el órgano judicial encargado del procedimiento de ejecución, señala BARONA VILAR que “existirán límites a su actuación, pero es obvio que no puede ser un mero transmisor o aplicador de la norma, sino que deberá controlar siquiera aquellos requisitos y presupuestos procesales que supongan una adecuación de la ejecución a la norma, aún cuando ello no suponga una valoración sobre el contenido de lo convenido por las partes.

Repárese que en el caso de acuerdo en mediación el título se habrá producido ora por homologación judicial ora por elevación a escritura pública por el notario previo control del derecho, lo que ha supuesto, en ambos casos, que no es el acuerdo puro y directo de las partes, sino que ya ha pasado por el *tamiz* judicial o notarial que le ha naturalizado como título. Lo que no es óbice a la posibilidad de controlar que aquí si se cumplió, por ejemplo, con la regla de competencia territorial, que es imperativa, o por ejemplo, en virtud del artículo 555.1 LEC, que el acuerdo no adolece de irregularidad formal, como podría ser la ausencia de la fecha en que se firma o que no se determinan las obligaciones que se han suscrito o que falta una identificación de las partes que quedan obligadas, etc. (art. 23 Ley).

⁶⁹³ CORDÓN MORENO, F. y SÁNCHEZ POS, M.V., *La Ley de Medidas de Agilización Procesal y la Ley de Mediación...*, op. cit., pág. 131.

Lo que parece poco acertado y probable es abrir la vía al control del contenido del acuerdo adoptado por las partes, dado que la autonomía de la voluntad y el principio dispositivo han llevado a alcanzar unos resultados porque las partes quisieron, de modo que salvo supuestos excepcionales, como los pactos para perjudicar a terceros o los pactos con objeto ilícito, sería de muy difícil justificación hablar de un control judicial de este título, más allá del control formal que constituye el respeto a los límites legalmente establecidos⁶⁹⁴.

B. Procedimiento de ejecución de los acuerdos de mediación

Por lo que respecta al procedimiento de ejecución de los acuerdos de mediación, nada se regula al respecto concretamente en la Ley 5/2012, salvo el tema del órgano judicial competente para llevar a cabo el mismo, como hemos visto, por lo que habrá que acudir a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan la ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales, como es el caso de los acuerdos de mediación, reconocidos como tal en el art. 517.2, si bien previamente han debido ser homologados judicialmente o elevados a escritura pública, tal y como se ha comentado.

Se acuerda en la Disposición final tercera de la Ley 5/2012, la modificación de los artículos de la LEC correspondientes a fin de encajar procesalmente la ejecución forzosa de los acuerdos de mediación.

Así, además de ser reconocidos como títulos ejecutivos en el art. 517.2, se establece en el art. 518 LEC que la acción para ejecutar los acuerdos de mediación “caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución”. Pese a que no se señale expresamente en la LEC, habrá que entender que el momento a partir del cual habrá de comenzarse a computar el plazo de caducidad será el de la firmeza de la resolución por la que el juez homologa el acuerdo de mediación, si se trata de un procedimiento de mediación desarrollado en el marco de un procedimiento judicial abierto, o si se trata de una mediación extrajudicial el momento de inicio de dicho plazo será el de la fecha de elevación a escritura pública del acuerdo de

⁶⁹⁴ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 511-512.

mediación, toda vez que es en ese momento cuando adquiere eficacia ejecutiva, como he comentado⁶⁹⁵.

Se acuerda igualmente modificar el art. 539 LEC, añadiéndole un nuevo párrafo, así “para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación o un laudo arbitral se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2000 euros”. Se viene a cubrir la omisión que se había manifestado en relación con el requisito de postulación respecto de la ejecución de los laudos arbitrales y se hace una remisión a las normas generales de la intervención de los citados profesionales, contenidas en los arts. 23 y 31 LEC; así, al tratarse de uno de los supuestos no excluidos en los referidos artículos siempre será necesaria la intervención de los mismos. En caso de que no sea preceptiva su intervención, las partes igualmente podrán hacerse valer de abogado y procurador si lo consideran oportuno, ya que, obviamente, no se encuentra expresamente prohibido.

Por su parte, en el art. 548 LEC se regula el plazo de espera para la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación y se establece que no se despachará ejecución “dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio o firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado”. La redacción del precepto, por lo que se refiere a los acuerdos de mediación es ciertamente defectuosa, sobre todo porque por una parte toma como fecha de inicio para el cómputo del plazo de cortesía de veinte días, en los casos de acuerdos que hayan sido aprobados judicialmente el de la fecha de la resolución por la que se acuerda dicha aprobación, pero, sin embargo, para el caso de que se trate de acuerdos de mediación extrajudiciales se hace referencia a la fecha de la firma del acuerdo y no a la fecha de su elevación a escritura pública que es cuando realmente adquiere carácter ejecutivo, lo que ciertamente no tiene sentido alguno.

En el mismo sentido, señala BONET NAVARRO que “si se advierte que, en los casos en que el acuerdo se homologa judicialmente, la fecha de inicio del cómputo del

⁶⁹⁵ Vid. en el mismo sentido, CORDÓN MORENO, F. y SÁNCHEZ POS, M.V., *La Ley de Medidas de Agilización Procesal y la Ley de Mediación...*, op. cit., pág. 132 y BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 504-505.

plazo del art. 548 LEC no se inicia en la fecha de firma del acuerdo, sino de notificación de la resolución que lo aprueba u homologa y le otorga carácter ejecutivo, un criterio sistemático nos conduce a entender que, de igual modo, cuando el acuerdo de mediación se eleva a escritura pública al otorgarle ésta carácter ejecutivo y no ser necesaria notificación alguna, será la fecha de esta escritura pública la que determinará el inicio del cómputo del plazo del art. 548 LEC”⁶⁹⁶.

Igualmente, SÁNCHEZ POS apunta que “esta regulación no se adecúa a los postulados de la Ley de Mediación, que configura la firma de las partes como mero requisito para la válida constitución del acuerdo que, aun ostentando eficacia vinculante, debe ser formalizado judicial o notarialmente para adquirir eficacia ejecutiva. Por ello, entendemos que el dies a quo del plazo de espera debería haberse fijado en el día siguiente al otorgamiento de la escritura pública pues, como se ha señalado en el ámbito de la caducidad de la acción ejecutiva, es entonces cuando el acuerdo de mediación adquiere valor ejecutivo. Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil incluye en la regulación del plazo de espera de las resoluciones procesales y arbitrales –que sí gozan de eficacia ejecutiva directa, sin requerir de ninguna clase de homologación–, al acuerdo de mediación cuando éste todavía ostenta naturaleza, podríamos entender, extraprocesal. Quizá deba de concluirse, a la vista de tal previsión, que se trata de un régimen previsto a los solos efectos procedimentales del transcurso del tiempo para que, una vez homologado o elevado a escritura pública el acuerdo, el órgano judicial pueda despachar la ejecución basada en el mismo sin verse obligado a computar desde ese momento los veinte días”⁶⁹⁷.

Por lo que respecta al procedimiento en sí para solicitar la ejecución del acuerdo de mediación, obviamente habrá de iniciarse a instancia de la parte interesada en su cumplimiento y, tal y como se establece en el art. 550.1 LEC, si se trata de ejecutar un acuerdo de mediación elevado a escritura pública, además de acompañar a la demanda el acuerdo, habrá de adjuntarse igualmente copia de las

⁶⁹⁶ BONET NAVARRO, A. (Dir.), *Proceso Civil y Mediación...*, op. cit., pág. 295.

⁶⁹⁷ CORDÓN MORENO, F. y SÁNCHEZ POS, M.V., *La Ley de Medidas de Agilización Procesal y la Ley de Mediación...*, op. cit., pág. 133.

actas de sesión constitutiva y de sesión final del procedimiento, de ello se desprende que si se trata de ejecutar un acuerdo homologado judicialmente, no sería necesario adjuntar dichas actas.

La ejecución del título se llevará a cabo de conformidad con las previsiones de la LEC y el ejecutado dispondrá de un plazo de diez días, desde la notificación del auto por el que se acuerda despachar ejecución, para oponerse a la misma por escrito, alegando el pago o el cumplimiento de lo ordenado en el acuerdo, habiendo de justificarlo documentalmente (art. 556 LEC).

También podrá el ejecutado oponerse a la ejecución por defectos procesales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 559 LEC que contempla la posibilidad de oposición fundada en la nulidad radical del despacho de ejecución porque el acuerdo de mediación no cumpla los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución o por infracción, al despacharse la ejecución de lo dispuesto en el art. 520. Respecto de los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, el legislador se está refiriendo a que, por ejemplo, el acuerdo de mediación no se presente adecuadamente homologado por el juez, si se trata de una mediación intrajudicial, o bien que no haya sido elevado a escritura pública si es un acuerdo de mediación extrajudicial.

Otra de las reformas introducidas en la LEC hace referencia a los intereses de mora procesal devengados⁶⁹⁸. Así, en el art. 576 LEC se estipula que el acuerdo de mediación en el que se establecen obligaciones al pago de cantidad líquida

⁶⁹⁸ BONET NAVARRO se ha mostrado muy crítico con la reforma introducida en este artículo de la Ley de Enjuiciamiento Civil y señala: “adviértase lo absurdo que supone entender que hay intereses de mora procesal en un acuerdo de mediación desde el momento del vencimiento de la obligación. Si las partes discuten sobre la procedencia del pago de una cantidad y la sentencia condena a su pago, a partir de ese momento, en que existe una imposición –en una sentencia de primera instancia– del deber de pagar una cantidad, nacen los intereses de mora procesal para evitar los recursos dilatorios frente a esa sentencia y porque la cantidad es debida de modo actual y ha exigido la interposición de una demanda para lograr su efectividad. Supuesto radicalmente distinto a aquel en que las partes han llegado a un acuerdo sobre una cuestión controvertida y se han dado un plazo para el cumplimiento de los acuerdos alcanzados. Desde este punto de vista, nos inclinaríamos a admitir que el momento del devengo de los intereses de mora procesal, en relación con los acuerdos de mediación elevados a escritura pública u homologados debiera situarse en el del despacho de la ejecución, en cuanto que sería el momento en que se inicia una actividad procesal para hacer efectiva una obligación que ha resultado incumplida. Pero en todo caso, el problema no se encuentra en la fijación del momento de su devengo, sino en el mismo supuesto de hecho establecido en el artículo 576.1 LEC: la imposición de una condena. El artículo 576.3 LEC resulta estrambótico, incoherente y de aplicación imposible a los acuerdos de mediación”. BONET NAVARRO, A. (Dir.), *Proceso Civil y Mediación...*, op. cit., pág. 258.

determinará a favor del acreedor un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes si lo hubiere o por disposición legal expresa. Tal y como señala SÁNCHEZ POS “la norma establece, como momento en el que comienza a producirse el devengo de intereses, la emisión de la sentencia o resolución en la primera instancia, lo cual nos plantea nuevamente, en relación con los acuerdos de mediación, desde cuando comienza a devengarse ese interés. Siempre según nuestro criterio y acorde con lo que hemos venido defendiendo, los intereses por mora procesal comenzarán a devengarse desde la homologación judicial del acuerdo o desde su elevación a escritura pública, pues sólo así ostentará la eficacia ejecutiva que lo equipare con las *sentencias, resoluciones dictadas en primera instancia y los laudos arbitrales*. Ello salvo que en el título se establezca un plazo o término para el pago de la cantidad líquida, en cuyo caso, hasta que transcurra el plazo o se cumpla el término no se devengarán los intereses (como tampoco se podría ejecutar el título)”⁶⁹⁹.

Se acuerda igualmente la modificación del art. 580 LEC en el sentido de que no será necesario efectuar requerimiento de pago para proceder a ejecutar el acuerdo de mediación cuando éste consista en un título que obligue a entregar cantidades determinadas de dinero, pudiéndose proceder directamente al embargo de los bienes del deudor⁷⁰⁰.

Las restantes actividades ejecutivas que van a ir desplegándose en el proceso de ejecución, como pone de manifiesto BARONA VILAR, “van a depender del tipo de

⁶⁹⁹ CORDÓN MORENO, F. y SÁNCHEZ POS, M.V., *La Ley de Medidas de Agilización Procesal y la Ley de Mediación...*, op. cit., págs. 133-134.

⁷⁰⁰ También en este caso BONET NAVARRO se ha mostrado crítico con la solución adoptada por el legislador. Para el citado autor, “la exigencia o liberación del requerimiento de pago inherente al despacho de ejecución son determinadas en los diversos casos por el legislador, según la razón y sentido de este requisito en ejecuciones dinerarias (arts. 581.1 y 2; 686.1 y 2), o no dinerarias (699, 701.1, 702, 705, 706 y 710), tratándose de títulos ejecutivos convencionales o judiciales y arbitrales. La razón de la liberación del requerimiento tiene su fundamento en que el deudor en el momento en que se despacha la ejecución ya tiene conocimiento de la intención del acreedor, puesta de manifiesto en el requerimiento previo (títulos ejecutivos convencionales), o en la proximidad de la ejecución de la sentencia o título similar que comportan una orden de cumplir lo ordenado que ha sido conseguida tras la discusión en un proceso de declaración. En este punto, el afán del legislador por dar al acuerdo de mediación un tratamiento idéntico al de las sentencias de condena le ha conducido a una regulación inconveniente. Hubiera resultado muy oportuno el requerimiento de pago en el caso de ejecuciones dinerarias derivadas de un título ejecutivo consistente en un acuerdo de mediación, sobre todo en aquellos casos en que el acuerdo hubiese establecido un plazo o término de cumplimiento de la obligación”. BONET NAVARRO, A. (Dir.), *Proceso Civil y Mediación...*, op. cit., págs. 296-297.

ejecución que se practique, dado que si se trata de una ejecución de naturaleza dineraria habrá que estar a los artículos 571 y siguientes LEC; si la condena es a la entrega de una cosa mueble determinada se aplicará el artículo 701 LEC; si se pretende la entrega de cosas genéricas o indeterminadas, el 702 LEC, etc. Finalizará la ejecución cuando se ha satisfecho íntegramente la pretensión del acreedor, de modo que, mientras esto no sucede, la ejecución no se entiende finalizada.

Finalmente, el proceso de ejecución forzosa del acuerdo de mediación, como título ejecutivo que es, es actividad jurisdiccional, hay función jurisdiccional y se desarrolla a través del proceso. Estamos en sede judicial y ante un proceso, lo que necesariamente comporta la existencia de costas. Así, en ejecución el artículo 539.2, II LEC señala que *las costas serán a cargo del ejecutado sin necesidad de expresa imposición pero, hasta su liquidación, el ejecutante deberá satisfacer los gastos y costas que se vayan produciendo*⁷⁰¹.

C. Ejecución en conflictos transfronterizos

Por lo que respecta a la ejecución de los acuerdos de mediación en conflictos transfronterizos, la Ley 5/2012 distingue entre aquellos acuerdos que deben ser ejecutados fuera de España de aquellos otros que han sido alcanzados en otros países pero que han de ser ejecutados en nuestro Estado.

Con respecto a los primeros, la Ley establece en el art. 25.3 que “además de la elevación a escritura pública será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los Convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea”. Tal y como señala ESPLUGUES MOTA, “la solución incorporada, lamentablemente, resulta bastante desenfocada. Por lo pronto, y como punto de partida, no es el legislador español el que debe mencionar los requisitos que deberá cumplir un acuerdo para producir efectos en otro Estado.

⁷⁰¹ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 508.

Será, por el contrario, la legislación de ese otro Estado la que deberá especificar tales requisitos”⁷⁰².

Para el citado autor, si el acuerdo va a producir efectos en otro Estado miembro de la Unión, habrá que estarse al tipo de pacto alcanzado, así si el acuerdo ha sido obtenido en una mediación desarrollada en el marco de un proceso, lo más normal es que se trate de una resolución judicial o de una transacción judicial en materia civil o mercantil, por lo que serían de aplicación los distintos Reglamentos comunitarios (Bruselas I, Reglamento 805/2004, etc.), los cuales serían aplicables también en caso de tratarse de acuerdos que hayan sido elevados a escritura pública y hayan adquirido fuerza ejecutiva. Más complejos serían los acuerdos que se pretendan ejecutar en un país no miembro de la Unión Europea, en cuyo caso habrá de estarse al régimen convencional bilateral o multilateral existente en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, y si no existe disposición aplicable habrá que acudir a la normativa interna específica del país donde se pretenda ejecutar el acuerdo.

Cuando se trate de acuerdos de mediación alcanzados en otro país que pretendan ser ejecutados en España, se dispone en el art. 27 de la Ley 5/2012 que:

“1. Sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas.

2. Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás.

⁷⁰² ESPLUGUES MOTA, C., “Mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de mediación de 2012”, en EXTEBERRÍA GURIDI, J. F. (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación...*, op. cit. pág. 106.

3. El documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte manifiestamente contrario al orden público español”.

Para ESPLUGUES MOTA, “una vez más, el precepto adolece de una manifiesta falta de depuración técnica”⁷⁰³. Al igual que en el supuesto anterior, habría que distinguir según se trate de acuerdos que provengan de algún Estado miembro de la Unión Europea, de aquellos que lo hagan de otros Estados.

Cuando se trate de ejecutar en España acuerdos que provengan de algún Estado miembro de la Unión Europea habrá de estarse a lo que dispongan los distintos Reglamentos comunitarios que regulan la materia, puesto que son los instrumentos que determinarán la eficacia en nuestro país de dichos acuerdos, no teniendo nada que apuntar la Ley de Mediación al respecto.

Si se trata de acuerdos alcanzados en países que no formen parte de la Unión Europea, en primer lugar habrá de determinarse si existe algún convenio bilateral o multilateral con dichos Estados que sea de aplicación, por lo que habrá de estarse a lo que dispongan los mismos si así fuere. Si no existiese ningún convenio aplicable habrá que aplicar lo que dispone la Ley 5/2012 y, como dispone el art. 27 citado, se establecen una serie de condiciones que son que el acuerdo haya adquirido fuerza ejecutiva en su país de origen, que dicha fuerza ejecutiva la haya adquirido de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas, y que dicho acuerdo no sea manifiestamente contrario al orden público español⁷⁰⁴.

Si el acuerdo no ha sido declarado ejecutable en su país de origen, sólo, podrá ser ejecutado en España, previa elevación a escritura pública por un notario español, por lo que se convertiría en un acuerdo español, toda vez que “es el origen del

⁷⁰³ *Ibíd.*, págs. 107-108.

⁷⁰⁴ Tal y como apunta BONET NAVARRO, respecto de la imposibilidad de ejecutar en España acuerdos de mediación que sean manifiestamente contrarios al orden público español, “tal exclusión debe entenderse dentro del ámbito de materias reguladas por la Ley de Mediación, es decir, la exclusión de ejecución de los acuerdos de mediación por ser contrarios al orden público sólo rige para las materias a las que se aplica la Ley 5/2012. No obstante, también resultaría contrario al orden público un acuerdo de mediación que afectase a derechos y obligaciones excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Mediación pero que, de conformidad, con la legislación aplicable, no se encontrasen en el ámbito de disposición de las partes: tal acuerdo de mediación no podría ser ejecutado”. “.BONET NAVARRO, A. (Dir.), *Proceso Civil y Mediación...*, op. cit., págs. 288-289.

acuerdo y no el hecho de que derive de un litigio transnacional lo que determina que deba someterse a un trámite propio con vistas a su ejecución en España”⁷⁰⁵.

⁷⁰⁵ ESPLUGUES MOTA, C., “Mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de mediación de 2012”, en EXTEBERRÍA GURIDI, J. F. (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación...*, op. cit., pág. 109.

CAPÍTULO VI

MEDIACIÓN CONECTADA CON LOS TRIBUNALES

1.- MEDIACIÓN Y PROCESO JUDICIAL. MEDIACIÓN CONECTADA CON LOS TRIBUNALES

1.1 MEDIACIÓN COMO COMPLEMENTO A LOS TRIBUNALES EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA

Según se establece en el art. 1 de la *Directiva 2008/52/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, “el objetivo de la presente Directiva es facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial”. Se plantean, pues, como objetivos, no solo la incorporación e impulso de la mediación en los distintos Estados miembros, sino, además la búsqueda de un equilibrio entre ésta y el propio proceso judicial.

En esta línea, nuestro legislador, tal y como se recoge en el Preámbulo de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, señala que una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos y esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y a la vez compleja.

Para tal fin, tradicionalmente se ha venido utilizando la vía de la confrontación judicial, pero ante los evidentes problemas de la justicia tradicional y la irrupción de los métodos alternativos de resolución de conflictos surge la necesidad de “encajar” éstos en el sistema de Administración de Justicia.

A pesar del desarrollo de la mediación en los últimos años en nuestro país, fruto fundamentalmente de la legislación autonómica sobre la materia y de los distintos programas piloto implementados en diversos órganos judiciales, hasta la

aprobación del Real Decreto 5/2012 se carecía de una normativa de aplicación general aplicable a los asuntos civiles y mercantiles que además se armonizase de facto con la legislación procesal, dando cobertura efectiva igualmente a los distintos programas piloto que se venían desarrollando –algunos de los cuales incluso sobre materias civiles o mercantiles no amparadas legalmente por la legislación autonómica–.

Se reconoce en la Ley 5/2012 que la mediación, como institución ordenada a la paz jurídica, puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la elevada carga de trabajo que soportan los tribunales, habiendo de quedar éstos como último recurso en caso de conflicto.

Se atribuye, pues, en primer lugar, a la mediación una finalidad preventiva: su utilización con carácter previo a la vía jurisdiccional propicia la desjudicialización o pérdida del papel central de los tribunales en beneficio del principio de disposición de las partes.

Sería muy adecuado que los tribunales puedan poder poner a disposición de las partes la mediación antes de que éstas presenten sus casos ante los mismos. Los programas de mediación conectados con los tribunales y en general los servicios de mediación, están diseñados para ofrecer alternativas a los procesos adversariales clásicos, pero lo que a menudo se olvida es que el objetivo es la prevención del litigio.

Es conveniente que la derivación a mediación no se entienda por los destinatarios como un recurso que simplemente pretende favorecer al tribunal, sino más bien como una forma que tienen los mismos de ejercer el control sobre la resolución de sus propios asuntos.

Evidentemente, la mediación no pretende sustituir al proceso judicial, ni enmendarlo, sino simplemente configurarse como una vía más a disposición del ciudadano para hacer frente a sus conflictos se hayan judicializado o no, ofreciendo el método más adecuado de resolución de conflictos en su caso, por tanto no pretende ser exclusivamente una alternativa, sino también un complemento a dicho proceso judicial.

Como señala ORTUÑO MUÑOZ, “si partimos de la base de considerar la mediación como un método alternativo a la vía judicial clásica de resolución de conflictos, su inserción en la actividad de los tribunales es anómala y extraña”⁷⁰⁶.

En algunos casos podrá suponer una alternativa al proceso judicial y ello sucederá cuando las partes opten por la mediación como primera opción para gestionar su conflicto y alcancen un acuerdo, zanjando sus diferencias y evitando de esta forma tener que acudir a los tribunales.

Y, en otras ocasiones, será un complemento al proceso judicial, cuando una vez iniciado el mismo las partes decidan, bien por iniciativa propia o bien por sugerencia del propio tribunal, acudir a mediación a fin de intentar buscar una salida consensuada que ponga fin a su litigio. Si consiguen dicho acuerdo en mediación, el mismo tendrá el consiguiente reflejo en el proceso judicial, dándose éste por finalizado con la homologación por parte del juez.

En este sentido, señala BARONA VILAR que “la mediación no es un instrumento de tutela frente a los demás o contrario a los demás, que ocupe espacios que va hurtando a otras vías, sino que se halla además de. Y precisamente este estado en el que nos hallamos lleva a considerar que la mediación permite no solo ser un instrumento complementario de los otros existentes y reconocidos en el ordenamiento jurídico, sino que puede llegar a ser alternativo. No se trata de que nazca con vocación de exclusividad o de exclusión, pero puede alcanzarse ese objetivo cuando el procedimiento de mediación permite que los sujetos en conflicto no continúen con el uso de otros mecanismos de tutela diversos de la mediación. Así, alcanzando un acuerdo en mediación, este procedimiento sí se convierte en alternativo a cualesquiera otro que pueda venir después, obviamente sin excluir la posibilidad de un proceso de ejecución judicial, consecuencia del incumplimiento voluntario del acuerdo alcanzado en mediación y por la calidad de ejecutividad que le ha atribuido la nueva norma de mediación, si se cumplen las condiciones legalmente establecidas”⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación intrajudicial”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit. pág. 131.

⁷⁰⁷ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., págs. 107-108.

En la misma línea, apunta MARTÍN DIZ que hay que partir de una premisa básica y es que “la mediación es un complemento a la jurisdicción, no es un competidor; es una alternativa, no un mecanismo de exclusión del proceso judicial; y además no impide en modo alguno el legítimo ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva ante juzgados y tribunales”⁷⁰⁸.

1.2 LA RELACIÓN DE LA MEDIACIÓN CON EL PROCESO

Además de amparar y de dar cobertura legal a la mediación, cumpliendo con el mandato de la Directiva europea, por otra parte, era fundamental abordar la relación de la misma con el proceso judicial y, jurídicamente, cuestiones procesales tan importantes como los efectos del inicio de un procedimiento de mediación sobre los plazos de prescripción o caducidad para el ejercicio de acciones judiciales, sobre las costas del proceso judicial, los problemas que se podrían derivar de la confidencialidad o no de las informaciones vertidas en dicho procedimiento de mediación o la eficacia de los acuerdos alcanzados en el mismo. Así, la Ley 5/2012 ha venido a regular dichas cuestiones dando la necesaria cobertura jurídica a la mediación, tanto a la iniciada con carácter previo al proceso judicial, como a la producida una vez interpuesto éste, cohonestando en consecuencia las nuevas disposiciones sobre mediación con las normas procesales de la LEC.

A este respecto, tal y como ponen de manifiesto ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, “lo que determina la necesidad de regulación legal de la mediación es su relación con el proceso judicial. No se trata de *judicializar la mediación*, pues en este caso nada se habría adelantado con las ADR, ni se podría afirmar que estamos ante una metodología alternativa, pero tampoco de ignorar que el sistema judicial es el referente último del Estado de Derecho y que, por lo tanto, también ha de ser la imprescindible garantía de que los acuerdos alcanzados por vía de la mediación van a ser reconocidos por quien tiene la capacidad de disponer su ejecución

⁷⁰⁸ MARTÍN DIZ, F., “La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DIZ, F. (Coord.), *La mediación en materia de...*, op. cit., pág. 49.

forzosa y de garantizar en último extremo el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva”⁷⁰⁹.

A pesar de que es deseable, en aquellos casos en los que resulte adecuado, que la mediación sea utilizada con carácter previo a la vía judicial, nada obsta para que la misma pueda ser perfectamente utilizada una vez iniciado un proceso judicial. Como apunta SOLETO MUÑOZ, “la mediación es una forma de resolución de conflictos que puede darse en el ámbito privado o estar vinculada con un proceso vivo”⁷¹⁰.

Sin embargo, existen voces que sostienen la imposibilidad de hablar de mediación conectada con los tribunales, toda vez que ambas ideas son contradictorias entre sí y en esta corriente se sitúan algunos autores, así como abogados y jueces contrarios a la utilización de la mediación cuando el conflicto ya se ha judicializado⁷¹¹.

Hay, pues, opiniones a favor y en contra de la utilización de la mediación, una vez ya ha sido iniciado el procedimiento judicial, pero llegados a este punto, creo que éste ya es hoy un debate plenamente superado y la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* ha venido a zanjarlo definitivamente, dando la cobertura legal y procesal necesaria a la mediación en el marco de un proceso judicial abierto y reconociendo a ésta no sólo como una alternativa al proceso, sino también como un complemento del mismo.

En la práctica, ya son muchos los jueces, abogados y otros operadores del ámbito jurídico que han acogido muy favorablemente tal posibilidad, toda vez que la ven

⁷⁰⁹ Como ponen de manifiesto ORTUÑO MUÑOZ, P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución....”, op. cit., pág. 45.

⁷¹⁰ SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación vinculada a los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (DIR.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 251.

⁷¹¹ “Hay muchos autores de reconocido prestigio en el ámbito de la mediación en España, como Daniel Bustelo o Trinidad Bernal, que niegan de plano la posibilidad de que pueda existir mediación vinculada a los tribunales, como si se tratara de una auténtica *contradictio in terminis*. En esta evidencia se sitúa una importante corriente de pensamiento dentro del ámbito de la abogacía y de la magistratura que es contraria a la admisión de la mediación intrajudicial, entendiendo que ambas esferas se repelen y ubicando ésta última fuera del contexto de la actividad del foro, en una fase pre-procesal”. Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación intrajudicial”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco...* op. cit. págs. 131-132.

como una forma óptima, para en determinados supuestos, dar una salida más adecuada al litigio, economizando gastos y ahorrando tiempo, además de proporcionar a las partes una solución más acorde con sus necesidades reales que la que proporcionaría una eventual resolución judicial, si bien aún hay otros que alegan que la mediación podría privar a las partes de su derecho a la tutela judicial y que podría dar a lugar a acuerdos injustos para las mismas, o incluso contrarios a derecho.

A pesar de estas opiniones en contra, parece que el avance la mediación es imparable y que lo que procede en este momento es intentar ver cuál es la forma óptima de implementar este mecanismo efectivamente en el sistema de administración de Justicia.

1.3 LA MEDIACIÓN VINCULADA A LOS TRIBUNALES EN EEUU

Estados Unidos es visto como la referencia a seguir en el campo de la mediación conectada con los tribunales, no sólo por ser pioneros en su implementación, sino por la cantidad de trabajos y de experiencias que han venido acumulando durante muchos años.

Tal y como de manifiesto WARD, en las última tres décadas y a raíz del auge progresivo de la mediación en el ámbito privado, ha tenido lugar la incorporación con fuerza de la mediación a ámbito público, en concreto a los programas de ADR conectados con los tribunales⁷¹².

Sus programas de mediación conectados con los tribunales son estudiados como modelo para ver la posibilidad de ser exportados a otros países. Fue a partir de la *Pound Conference* de 1976, cuando tuvo lugar el definitivo impulso de la mediación en el país en el ámbito de las instituciones judiciales. En dicha conferencia, que reunió a 250 jueces, abogados y juristas de todo el país, el profesor Frank Sander consideró a los tribunales de justicia como “centros de resolución de disputas”⁷¹³.

⁷¹² WARD, E., “Mandatory Court-annexed Alternative Dispute Resolution in the United States Federal Courts: Panacea or Pandemic?”, *St. John’s Law Review*, Vol. 81:77, págs. 80-81.

⁷¹³ Vid. NOLAN-HALEY, J.M., “The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound”, *Cardozo Journal Of Conflict Resolution*, Vol. 6:57, pág. 59. Igualmente, vid. SENFT, L.P. y SAVAGE, C.A., “ADR in the Courts: Progress, Problems and Possibilities”, *Penn State Review*, Vol. 108:1, págs. 327-329.

En las últimas décadas el número de programas de mediación conectados con los tribunales se ha incrementado considerablemente⁷¹⁴.

Ya en el año 1990 había en Estados Unidos más de 1200 tribunales que ofrecían servicios de mediación desde sus propias instituciones, formando parte integrante del propio sistema de Justicia. Esta proliferación de diferentes programas ha dado lugar a un profuso e interesante debate sobre la efectividad, calidad y adecuación de los mismos⁷¹⁵.

Estos programas de mediación son administrados por personal al servicio del propio tribunal, siendo supervisados desde dichos tribunales. Los términos que se utilizan usualmente para referirse a estos programas son *court-based*, *court-connected*, *court-annexed*, or *multi-door courthouse*.

Los mediadores que participan en dichos programas pueden formar parte de una plantilla o equipo adscrito al propio tribunal, o bien ser mediadores privados externos. Normalmente los tribunales disponen de listados de las asociaciones e instituciones de mediación que pueden colaborar con los asuntos que se deriven desde el mismo.

Como señala FONT-GUZMÁN hay que “ejercer gran cautela y evitar copiar modelos importados a ciegas. Debemos recordar que los conflictos surgen en contextos socio-culturales y los mecanismos para resolver los mismos deben ser culturalmente sensitivos a estos contextos”⁷¹⁶. No es útil ni válido trasponer, sin más, modelos de otros lugares o de otras culturas que a lo mejor funcionan en las mismas pero que pueden no ser viables en una distinta, por ejemplo no es igual implementar un programa de mediación intrajudicial en un pequeño pueblo o en una gran ciudad, y tampoco lo es hacerlo en Cataluña, donde tienen una consolidada experiencia, que en cualquier otro sitio de España donde nunca se haya desarrollado programa alguno.

⁷¹⁴ Vid. DI STEFANO, “Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 423.

⁷¹⁵ Vid. FONT-GUZMÁN, J.N., “Programas de derivación judicial en Estados Unidos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 443-444.

⁷¹⁶ *Ibíd.*, pág. 442.

2.- CONCEPTO Y VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN CONECTADA CON LOS TRIBUNALES

ORTUÑO MUÑOZ define la mediación conectada con los tribunales como “el conjunto de actuaciones que se realizan desde los tribunales de justicia, para que las partes que se proponen iniciar un procedimiento contencioso, o que ya lo han emprendido, acepten una suspensión del desenvolvimiento del mismo para intentar, ante un tercero independiente del tribunal, especializado en gestión de conflictos, el análisis de sus posiciones, en un entorno de neutralidad y confidencialidad, con el objeto de buscar la solución razonable que más convenga a los litigantes, con las miras puestas en el mantenimiento de las relaciones en el futuro”⁷¹⁷.

Por su parte, SOLETO MUÑOZ, señala que “la mediación intrajudicial será aquella que se lleve a cabo una vez se haya iniciado un proceso a través de demanda, y en cualquier momento de su devenir, es decir que es posible que exista mediación al principio del proceso civil, en pleno proceso e incluso en fase de ejecución de sentencia”⁷¹⁸.

Se podría entender, como aquella mediación que tiene lugar en el marco de un proceso judicial, y que tiene como objetivo la búsqueda de una solución adecuada y consensuada entre las partes para poner fin a dicho proceso.

Se han utilizado diversas acepciones para referirse a la “mediación conectada con los tribunales”, ésta es una de ellas, pero también se le denomina “mediación judicial”, “mediación intrajudicial”, “mediación por derivación judicial” o “tribunales multipuertas” (*Multidoor Courthouse*) –cuando la mediación está incluida dentro de un programa de métodos alternativos de resolución de conflictos dentro del tribunal que además de la mediación incluye otros como el arbitraje, la evaluación de expertos, etc.

Tal y como señala SOLETO MUÑOZ, “sería más correcto hacer referencia a la

⁷¹⁷ ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación intrajudicial”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco...* op. cit., págs. 132-133.

⁷¹⁸ SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación conectada con los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª, ed., op. cit., págs. 383-384.

mediación conectada con el Tribunal, tal como se denomina a esta clase de mediación en el sistema estadounidense (*court-connected mediation*), aunque en otros países de Europa en general se denomina mediación judicial, como en Bélgica, donde la distinguen de la voluntaria, o en Francia de la convencional.

El término más adecuado puede ser el de mediación conectada con el Tribunal o mediación intrajudicial, pues el término mediación judicial puede llevar a la errónea conclusión de que es el Juez el que lleva a cabo la labor de mediación”⁷¹⁹.

En el Expositivo I del Preámbulo de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* se afirma que, “entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto”.

Igualmente, se describen las siguientes ventajas de la mediación en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, realizada por el CGPJ en el año 2013⁷²⁰:

- En la mediación el control del proceso y el resultado del mismo va a corresponder a las partes, mientras que en los tribunales los mismos corresponden en todo caso al juez
- La mediación se basa en la colaboración entre las partes, mientras que el proceso judicial es claramente adversaria
- En la mediación se trata de que ambas partes ganen, mientras que el proceso judicial está enfocado en una dinámica de ganar-perder
- En la mediación las partes pueden abordar temas que exceden del mero conflicto jurídico planteado ante los tribunales

⁷¹⁹ *Ibíd.*, pág. 384.

⁷²⁰ Vid. [http:// www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion) (pág. 20).

- En la mediación el protagonismo es para las partes, en el proceso dicho protagonismo corresponde al juez
- En la mediación va a existir mayor compromiso de las partes con el resultado que en el proceso judicial
- La mediación va a ofrecer a las partes la posibilidad de reanudar el diálogo entre las mismas, mientras que el proceso rompe todas las posibilidades de diálogo futuro entre las partes
- La mediación permite soluciones creativas, mientras que la solución del proceso judicial se encuentra mucho más limitada
- La mediación es más rápida que el proceso judicial
- El coste económico de la mediación va a ser menor que el del proceso
- La mediación facilita y conserva la relación entre las partes, mientras que el proceso crea distancia y costes emocionales
- La mediación genera empatía y el proceso hostilidad
- En la mediación existe una alta probabilidad de cumplimiento de los acuerdos, mientras que existe mayor dificultad para el cumplimiento de las resoluciones judiciales
- La mediación previene conflictos futuros, mientras que el proceso judicial puede reiterar dichos conflictos

La mediación, como se ha comentado, con carácter general requiere de menor tiempo y de menos recursos que los procedimientos judiciales, ventajas que redundan no sólo en el mejor funcionamiento de la administración de justicia, sino en la satisfacción que de la misma ha de obtener el ciudadano.

Además, la participación directa de los justiciables en el proceso de resolución de sus propios conflictos, que sea el propio juez quien les devuelva la responsabilidad, sin duda, les puede proporcionar un mayor nivel de satisfacción. Los resultados obtenidos posiblemente van a estar mejor adaptados a las necesidades de las partes que los que puede ofrecer la sentencia judicial, por lo que normalmente será

mucho mayor la probabilidad de que los mismos se cumplan.

Frente a la errónea percepción de que los tribunales son los principales beneficiados de la implantación de la mediación intrajudicial, entiendo que van a ser las propias partes litigantes las que mayores ventajas pueden obtener de la misma.

De la experiencia y estudios realizados sobre los programas de mediación conectada con los tribunales en Estados Unidos se confirma que los resultados obtenidos por los mismos son más que satisfactorios y que, a pesar de que haya que mantener otros sistemas de solución de conflictos, como no podía ser de otra forma, se han de valorar los beneficios intrínsecos de la mediación como la satisfacción de los intereses de las partes en todos los sentidos⁷²¹.

3.- OBJETIVOS DE LA MEDIACIÓN CONECTADA CON LOS TRIBUNALES

Se podría decir que los principales objetivos de la mediación conectada con los tribunales son dos: por un lado ofrecer una mejor solución para las partes en determinados litigios en los que por la complejidad del conflicto la sentencia judicial se presenta como una solución no idónea; y por otro, e íntimamente relacionado con el anterior, contribuir a rebajar la carga de trabajo que soportan los tribunales, ayudando a desjudicializar aquellos litigios que pueden resolverse mejor entre las partes.

Según se señala en el Expositivo II de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, la mediación “como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquellos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia”.

La mediación conectada con los tribunales responde, pues, en principio, a la

⁷²¹ Vid. LANDE., J., “Commentary: Focusing on Program Design Issues in Future Research on Court-Connected Mediation”, *Conflict Resolution Quarterly*, Vol. 22, no. 1-1, Fall-Winter 2004, pág. 97.

necesidad de intentar dar respuesta a un problema que es el incesante aumento de litigios, la judicialización de todo tipo de conflictos.

Pero también, la mediación conectada con los tribunales ha de servir para dar mejor respuesta a una serie de asuntos que por su especial naturaleza, quizás, nunca deberían haber llegado a los tribunales porque precisamente existen otras vías como la mediación que pueden ser más adecuados⁷²².

En este sentido, tal y como se señala en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, “el objetivo último de Jueces y Magistrados es otorgar la tutela efectiva a los derechos e intereses de los ciudadanos, por imperativo del artículo 24 de la Constitución Española. Desde esta perspectiva, la mediación es un método complementario para lograr otorgar la mejor tutela judicial posible en cada caso, ya que en ocasiones la sentencia, basada exclusivamente en la ley, será sólo decisión impuesta por autoridad, en una relación de ganar-perder, pero no logrará constituirse en la solución al problema concreto.

(...) Como jueces nos brinda la oportunidad de descargar los conflictos cuya solución no pasa por una decisión jurídica y cuando se advierte que pueden existir otras mejores posibilidades que nuestra sentencia

La *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, regula básicamente la mediación como un instrumento ofrecido a los sujetos privados para resolver sus conflictos. Sin embargo, la mediación es mucho más que eso, es un método que permite realizar el valor justicia en cada caso concreto y como tal debe tener anclaje en el sistema de Justicia del país”⁷²³.

Desde el propio CGPJ se señala que la tutela judicial efectiva va más allá de la mera sentencia y que la mediación ofrece en determinadas ocasiones mejores soluciones para las partes implicadas en un litigio que la propia vía judicial, por lo que ha de ser contemplada cuando la naturaleza del litigio así lo requiera.

⁷²² ORTUÑO MUÑOZ habla de “litigiosidad impropia” para referirse a aquellos asuntos que nunca deberían haber llegado al Juzgado, porque para su solución hubiese sido más adecuado utilizar otras vías distintas. Véase, ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación intrajudicial”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco ...*, op. cit. pág. 134.

⁷²³ Vid. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion> (pág. 9).

Dada la situación de saturación que sufren la mayoría de los tribunales de todo el país, los mismos son los primeros interesados en buscar otras fórmulas, como la mediación, que les ayuden a proporcionar una justicia de mejor calidad, reduciendo los costos del litigio, y acortando los plazos en la resolución de las causas.

Tal y como apunta ORTUÑO MUÑOZ, “desde los tribunales se puede impulsar la mediación ubicando en su contexto una vía para la prestación de tales servicios, a modo de *segunda vía* a la que todavía se puede acceder en determinados supuestos, cuando ya existe constatación de que la confrontación ante el juez va a agravar los problemas por resultar inapropiado el recurso a la imposición coactiva de una decisión, que no hará sino profundizar el conflicto o complicarlo, en cualquier caso de forma ineficaz” ⁷²⁴.

Es evidente la importancia de jueces y tribunales en orden al impulso e implementación de la mediación como vía complementaria de la administración de Justicia en su más amplia acepción.

Como sostiene FONT-GUZMÁN, “la derivación de casos a mediación debe tener siempre como fin impartir justicia”⁷²⁵, no sirve como único argumento la idea de que la utilización de estos métodos alternativos sirven para ayudar a paliar la complicada situación que sufren nuestros tribunales de justicia, aliviando la carga de trabajo de los mismos, ni tampoco que acortan la tramitación de los procedimientos. Estas razones más que un fin en sí mismas, han de ser una lógica consecuencia de su correcta aplicación.

Manifiesta también la citada autora que “los conflictos con los que se lidian en el ámbito judicial son demasiados complejos para pretender que por medio del narcisismo disciplinario se puede llegar a soluciones justas y holísticas”⁷²⁶. En este sentido, la mediación se presenta como una vía mucho más indicada para gestionar

⁷²⁴ ORTUÑO MUÑOZ, P., La mediación intrajudicial, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco ...*, op. cit. pág. 132.

⁷²⁵ FONT-GUZMÁN, J., “Programas de derivación judicial en Estados Unidos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 442.

⁷²⁶ *Ibíd.*, pág. 442.

este tipo de conflictos que, precisamente, por su complejidad no van a obtener la solución adecuada.

4.- SITUACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN CONECTADA CON LOS TRIBUNALES

La aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles ha supuesto un importante impulso para la mediación que se ha convertido en un fenómeno ampliamente aceptado y comprendido, lo que ha hecho que aumenten en nuestro país el número de programas de mediación conectados con los tribunales.

Las experiencias de mediación conectada con los tribunales no son nuevas en España; desde hace algunos años se vienen realizando diversos programas piloto en muy diversos puntos, destacando los llevados a cabo en Cataluña y en País Vasco principalmente, donde la mediación se encuentra respaldada por la Comunidad Autónoma, y así, institucionalizada formando parte del propio sistema de Administración de Justicia⁷²⁷.

Pero, la realidad es que a fecha actual son muy pocos los órganos judiciales en nuestro país que tienen entre sus servicios al ciudadano la oferta de mecanismos alternativos o complementarios de resolución de conflictos. Entre las causas, la escasez de medios económicos, la inexistencia de centros de mediación o de mediadores, el desconocimiento de la existencia de dichos centros y profesionales, etc.

La mayoría de los programas y de los órganos judiciales que ofrecen servicios de mediación lo hacen básicamente en el ámbito familiar, siendo muy escasos todavía los que introducen dentro de dichos servicios la mediación civil y mercantil⁷²⁸.

Según consta en la información ofrecida desde la página de mediación del CGPJ⁷²⁹, en la actualidad ofrecen mediación en el ámbito familiar:

⁷²⁷ Vid. "mediación" en <http://www.poderjudicial.es>.

⁷²⁸ Vid. SOLETO MUÑOZ, H., "La mediación conectada con los tribunales", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., págs. 395-396.

En A Coruña: 1 juzgado

En Alicante: 6 juzgados

En Asturias: 1 juzgado

En Badajoz: 1 juzgado

En Barcelona: 67 juzgados

En Bizkaia: 15 juzgados

En Girona: 12 juzgados

En Granada: 2 juzgados

En Huelva: 1 juzgado

En Huesca: 4 juzgados

En Illes Balears: 4 juzgados

En La Rioja: 1 juzgado

En Las Palmas: 3 juzgados

En Lleida: 3 juzgados

En Madrid: 12 juzgados

En Málaga: 3 juzgados

En Ourense: 1 juzgado

En Palencia: 5 juzgados

En Pontevedra: 2 juzgados

En Sevilla: 1 juzgado

En Tarragona: 4 juzgados

En Teruel: 3 juzgados

⁷²⁹ <http://www.poderjudicial.es>. Información consultada el día 7 de diciembre de 2013.

En Valencia: 3 juzgados

En Valladolid: 6 juzgados

En Zaragoza: 4 juzgados

Por su parte, ofrecen mediación civil:

En Barcelona: 25 juzgados

En Madrid: 6 juzgados

En Navarra: 1 juzgado

En Toledo: 1 juzgado

Y mediación mercantil:

En Bizkaia: 2 juzgados

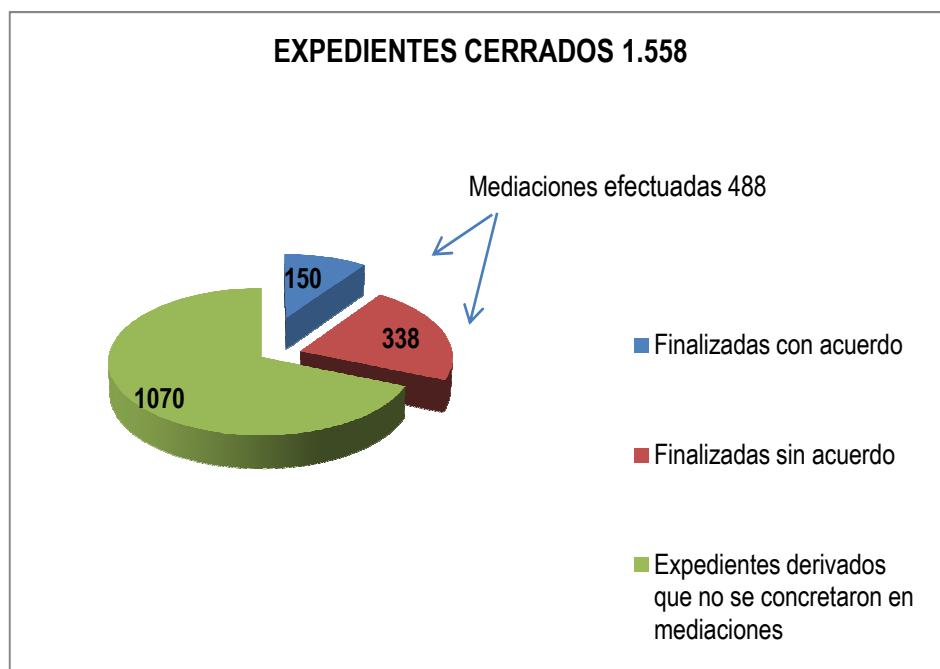
Tal y como pone de manifiesto ORTUÑO MUÑOZ, “se pueden extraer dos conclusiones de estas experiencias. La primera es que se está produciendo un proceso de implantación gradual de los servicios de mediación, que no está diseñado de forma centralizada por ninguna de las administraciones del Estado, sino que es impulsado fundamentalmente por las Comunidades Autónomas y por determinados Ayuntamientos, que han priorizado las actuaciones en este ámbito, vinculándolas al ejercicio de las competencias en justicia, en algunos casos, o a las de servicios sociales (especialmente en familia) en otros. En segundo lugar, que un factor esencial es la predisposición de los jueces a favor de potenciar estas iniciativas, incorporando a la actividad jurisdiccional los protocolos adaptados a la situación, medios económicos y materiales y, fundamentalmente, existencia de mediadores bien cualificados”⁷³⁰.

Desde el CGPJ se han empezado a medir las actividades de mediación derivada por los Tribunales, así los datos que ofrecen sobre mediación familiar (no son datos

⁷³⁰ ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación intrajudicial”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dir.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit. pág. 135.

exhaustivos, se corresponden a los Juzgados que han enviado la información, que no son todos) del año 2012 son los siguientes⁷³¹:

PRIMER SEMESTRE 2012		
Nº de Juzgados que derivaron	121	
TOTAL derivaciones realizadas	1732	
Pendientes	244	
Expedientes CERRADOS	1.558	
		Porcentaje
Total mediaciones efectuadas	488	
Finalizadas con acuerdo	150	30.73%
Finalizadas sin acuerdo	338	69.20%
Expedientes derivados que no se concretaron en mediaciones	1070	68.67%



⁷³¹ Datos facilitado por el CGPJ, en diciembre de 2013.

SEGUNDO SEMESTRE 2012		
Nº de Juzgados que derivaron	118	
TOTAL derivaciones realizadas	1324	
Pendientes	172	
Expedientes CERRADOS	1120	
		Porcentaje
Expedientes derivados que no llegaron a realizar mediación	698	62.32%
Total mediaciones efectuadas del total de expedientes derivados	422	37.67%
Finalizadas con acuerdo	136	32.27%
Finalizadas sin acuerdo	286	67.77%



De los anteriores datos destaca el alto porcentaje de asuntos derivados a mediación, donde no llegó a iniciarse el procedimiento, bien por inasistencia de alguna o de las dos partes a la sesión informativa, o bien porque una vez realizada la misma las partes voluntariamente decidieron no iniciar la mediación; en el

primer semestre dicho porcentaje asciende a un 68,67% de los asuntos derivados y en el segundo semestre a un 62,32%.

Considero que este alto porcentaje puede deberse a una inadecuada selección de los asuntos, como comentaré más adelante, además de otros factores. Hay que tener en cuenta que el conflicto ya está judicializado, por lo que las partes ya han acudido a un abogado y a un procurador, ya han realizado un desembolso económico importante para acudir al tribunal y esperan de éste que les resuelva su conflicto en el momento más cercano posible; además normalmente las posiciones de las partes están muy definidas y suelen estar bastante encontradas.

Evidentemente, no es eficaz derivar cualquier asunto a mediación, sino que el órgano derivador habrá de estudiar con detenimiento si concurren las circunstancias adecuadas para remitir el caso a mediación y, además, explicar convenientemente a las partes el por qué de dicha decisión.

El porcentaje de acuerdos de las mediaciones efectivamente llevadas a cabo y finalizadas tampoco es excesivamente elevado, un 30,73% en el primer semestre y un 32,27% en el segundo, lo que puede encontrar su explicación en los argumentos anteriormente señalados y otras circunstancias.

Sin embargo, en ningún caso cabe considerar estos datos como un fracaso, sino que simplemente deben alentar a tribunales y mediadores para ver qué aspectos es conveniente trabajar más para que los resultados poco a poco vayan mejorando. En este sentido, como señala SOLETO MUÑOZ, “se ha planteado que el bajo índice de aceptación a la remisión a la mediación o que las partes que aceptan no lleguen en su mayoría a un acuerdo es un fracaso del proyecto, sin embargo considero contrariamente que todas las experiencias son positivas, pues en primer lugar se ha realizado una labor que tiene gran trascendencia en la vida de las familias que recondujeron su conflicto, en segundo lugar, se han abierto vías de comunicación en parejas que han aceptado y que no han aceptado acudir a mediación, y, en tercer lugar, se ha avanzado en la idea de la existencia de métodos alternativos de

resolución de conflictos respecto de los justiciables y todos los operadores jurídicos que han tenido contacto con la experiencia”⁷³².

En los asuntos de mediación civil, no familiar, las estadísticas son análogas, y el número de juzgados que derivaron asuntos en el año 2012 asuntos es sensiblemente inferior, sólo 31 juzgados en Cataluña y 5 en Madrid, y de los 520 expedientes cerrados sólo en 71 de ellos fue posible llevar a cabo el procedimiento de mediación con un porcentaje de acuerdos del 21,26%. Estos son los datos completos:

DATOS 2012	
JUZGADOS QUE DERIVARON	36
- Cataluña	31
- Madrid	5
TOTAL derivaciones efectuadas	572

En relación al resultado de las mediaciones:

2012		
TOTAL derivaciones realizadas	572	
Expedientes CERRADOS	520	
		Porcentaje
Expedientes derivados que no llegaron a realizar mediación	449	
Total mediaciones efectuadas	71	
Finalizadas con acuerdo	15	21.26%
Finalizadas sin acuerdo	56	78.8%

Sería adecuado para el correcto funcionamiento de los programas de mediación conectados con los tribunales, armonizar una serie de principios, de mínimos a seguir para guiar e informar a los tribunales interesados en iniciar, ampliar o

⁷³² SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación conectada con los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 397.

mejorar los programas de mediación en sus respectivas sedes. Cuanto más se indaga en los distintos programas de mediación conectados con los tribunales, se hace más evidente que existen grandes variaciones en su diseño e implementación, y que son pocos los métodos generalmente aceptados para evaluar su calidad.

La ausencia en general de principios generalmente aceptados para guiar a los tribunales en el diseño, implementación y mejora de estos programas, hace que los riesgos se multipliquen y cabe la posibilidad de emplear algunos de los escasos recursos existentes en crear e implementar programas de mediación que de no aplicarse correctamente se verían abocados al fracaso, lo que desincentivaría la apuesta por nuevos programas.

Con este fin se ha desarrollado la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, elaborada por un grupo de expertos (jueces, abogados, mediadores, fiscales y asesores) para las distintas jurisdicciones. En la elaboración de la Guía han participado expertos de algunos de estos colectivos, si bien con predominancia de jueces, y con ausencia de, secretarios judiciales, fiscales y procuradores o los propios usuarios de la Justicia, que también podrían haber aportado su experiencia.

La Guía pretende establecer una serie de líneas o principios básicos de actuación a seguir por todos los tribunales que pretendan introducir la mediación en sus respectivos ámbitos de funcionamiento. Contiene protocolos de actuación para los ámbitos civil, familiar, penal, social y contencioso-administrativo, y responde a la necesidad de adoptar una serie de parámetros que puedan ser generalmente aceptados por todos los operadores jurídicos, jueces, secretarios, fiscales, personal de la oficina judicial, abogados, mediadores y usuarios de la justicia, para ayudar a promocionar la validez y calidad de los programas de mediación conectados con los tribunales en los distintos órdenes jurisdiccionales.

El objetivo de estos parámetros o principios ha de ser el de animar e impulsar a los tribunales para que implementen en sus respectivas sedes, programas de mediación de calidad que permitan por un lado ofrecer al ciudadano una mejor solución en determinados asuntos y por otro que el juez sólo haya de resolver aquellas cuestiones que realmente requieran de su intervención.

Ahora bien, estos protocolos lo que hacen es recoger una serie de pautas o principios mínimos que pretenden servir como guía común para todos los tribunales, luego éstos habrán de adaptar los mismos a sus específicas circunstancias que, obviamente, no son las mismas en todo caso. Dichos parámetros habrán de ser implementados por cada órgano jurisdiccional de manera que tomen en consideración las necesidades y condicionamientos del lugar donde el programa haya de desarrollarse.

5.- ACCESO A LA MEDIACIÓN

Tal y como señala DI STEFANO, “la mediación, cual servicio público conectado con el tribunal, ha de ser ofrecida a la colectividad en el sentido más amplio, sin distinciones respecto a quién pueda utilizar el servicio y quién no tenga los recursos para hacerlo; el acceso a la mediación tiene que ser lo más extenso posible y estar disponible, sin distinción con los otros servicios rendidos por el tribunal”⁷³³.

El acceso a los servicios de mediación conectados con el tribunal debe ser siempre lo más accesible que sea posible. En concreto, se habrá de velar porque no existan trabas que impidan el acceso a la mediación en función de si las partes disponen de recursos económicos suficientes para hacer frente a los costos del proceso de mediación, o si tienen alguna discapacidad física o algún tipo de problema para hablar o entender el idioma.

El tema del coste económico resulta ciertamente controvertido. Como señala SOLETO MUÑOZ, “el coste de la mediación vinculada con los tribunales es asumido bien por las partes, bien por el sistema público, dependiendo de las Comunidades Autónomas y programas de mediación”⁷³⁴. Efectivamente, en la actualidad, no hay uniformidad de criterios en torno a quién y cómo ha de hacer frente a los costes derivados de la puesta en marcha de un programa de mediación conectado con el tribunal y a si los usuarios han de pagar por dicho servicio.

⁷³³ DI STEFANO, “Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 425.

⁷³⁴ SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación conectada con los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 388.

En la citada *Guía para la práctica la mediación intrajudicial*, nada se dice al respecto en el “Protocolo de Mediación Civil” y, por su parte, en el “Protocolo de Mediación Familiar” se “aconseja que la mediación sea gratuita para las partes, sin perjuicio de que el mediador reciba la oportuna remuneración. Y que el servicio se realice a través de una institución pública ya que ello garantiza al Juez un control por parte de un organismo público”⁷³⁵.

La Ley 5/2012 nada estipula al respecto, simplemente en el art. 15.1 se limita a señalar que “el coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario”. Según señala BARONA VILAR, “el modelo de mediación que se pergeña en la Ley 5/2012 responde a unas coordenadas específicas, en relación con el tipo de conflicto y tipo de sujetos que pueden intervenir, que no es extrapolable a otras mediaciones. De hecho, existen algunas mediaciones en las que no se establecen honorarios a los mediadores por el modelo público que se diseña, en el que puede ser gratis para quienes en el procedimiento de mediación intervienen como partes”⁷³⁶.

Por su parte, SOLETO MUÑOZ apunta que “esta previsión se realiza teniendo en cuenta la mediación privada, pero nada impide que se aplique igualmente a la mediación vinculada a los tribunales, de hecho es el criterio seguido en Cataluña si las partes no tienen reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita. Es evidente que las personas beneficiarias del derecho a asistencia jurídica gratuita deben tener garantizado el acceso a la mediación de forma gratuita”⁷³⁷.

Comparto plenamente la opinión de la señalada autora en el sentido de que la mediación tiene que ser parte integrante del derecho de asistencia jurídica gratuita y que, además, no sólo ha de serlo una vez se haya iniciado el proceso judicial, sino que se ha de ofertar al ciudadano con carácter previo a la interposición del mismo, a fin de que la mediación cumpla precisamente con la función de evitar la judicialización del conflicto.

Ahora bien, hay que distinguir entre mediación privada y mediación pública. Para

⁷³⁵ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion> (pág. 49).

⁷³⁶ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág. 322.

⁷³⁷ SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación conectada con los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 389.

MARTÍN DIZ , “la mediación, como sistema privado de solución de conflictos, repercute directamente el coste de la misma en las partes (obligación que asumen con el correlativo derecho del mediador de cobrar por sus servicios) frente a la opción de un sistema institucional público, que ya existe en mediación familiar en algunas Comunidades Autónomas de que sea un servicio social gratuito (o con la posibilidad de reconocer la gratuidad para determinadas personas), en el cual las correspondientes administraciones públicas competentes asumen, de una forma u otra, su coste. (...) Un sistema de mediación institucional de carácter público podría ser perfectamente gratuito o con unos mínimos costes a sufragar por las partes, y en todo caso siempre salvaguardando la retribución que corresponde, legítimamente, al mediador”⁷³⁸.

En la línea apuntada por el citado autor, entiendo que en el caso de la mediación privada, es decir la solicitada por las partes con carácter previo a la interposición del proceso judicial, obviamente las partes habrán de hacer frente al coste de la misma, lo que no obsta a que puedan solicitar, en su caso, el beneficio de asistencia jurídica gratuita si tienen derecho a ello, y a que puedan existir servicios de mediación gratuitos financiados desde diversas instituciones (ayuntamientos, Comunidades Autónomas, etc.).

Sin embargo en el caso de la mediación pública, como la ofertada desde los tribunales de Justicia, entiendo que, por lo menos, durante un tiempo y hasta que la mediación consiga integrarse definitivamente en el sistema de Administración de Justicia y consolidarse en el mismo, debería tener carácter gratuito para las partes, lo que no implica, en ningún caso, que los mediadores hayan de trabajar de forma gratuita, sino que dicho servicio debería ser sufragado por la Administración de Justicia, aunque en la actual situación de crisis económica se antoja harto difícil.

En la actualidad, la derivación a la sesión informativa y la participación en ésta siempre tiene carácter gratuito para las partes, pero aún así, como se puede apreciar en las estadísticas del CGPJ citadas anteriormente, existe un altísimo porcentaje de casos en los que las partes deciden no acudir a dicha sesión informativa o no iniciar el procedimiento de mediación, por lo que si además se

⁷³⁸ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., págs. 155-156.

cobrase alguna cantidad a las mismas este porcentaje aumentaría considerablemente, teniendo en cuenta que las partes ya han judicializado su conflicto y, normalmente, habrán hecho un considerable desembolso económico dependiendo del asunto de que se trate.

Entiendo que la gratuidad de la mediación conectada con los tribunales no ha de ser un elemento consustancial a ésta, sino que ha de ser una característica que ha de permanecer en tanto en cuanto la mediación consiga asentarse en el sistema de Administración de Justicia y llegue a ser conocida y entendida adecuadamente tanto por justiciables como por el resto de operadores jurídicos⁷³⁹.

Una vez conseguido dicho extremo, se podría comenzar perfectamente a cobrar por la prestación del servicio y los usuarios asumirían tal desembolso⁷⁴⁰.

6.- INTERVINIENTES EN LA MEDIACIÓN CONECTADA CON LOS TRIBUNALES

6.1 LAS PARTES

El papel de las partes durante el procedimiento de mediación va a ser el mismo que en el caso de la mediación previa al proceso judicial o privada, por tanto han de mostrar su voluntad de iniciar dicho procedimiento y durante el mismo habrán de mostrar una actitud colaboradora en aras a la búsqueda de la solución de su litigio, así como guardar la debida confidencialidad sobre todas las informaciones de las que tengan conocimiento.

Tal y como se señala en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, las partes, igualmente, “deben actuar de conformidad con los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, durante el planteamiento y la negociación para

⁷³⁹ Vid. en este sentido BRAZIL, W.D., “Should Court-Sponsored ADR Survive?”, *Ohio Journal on Dispute Resolution*, Vol. 21:2 2006, pág. 274.

⁷⁴⁰ Como señala SOLETO MUÑOZ, “sería positivo intentar medidas análogas a las realizadas en otros países, como establecer tarifas a las partes dependiendo de sus niveles de ingresos, incluso si son muy bajos. Así, en programas de Estados Unidos, la sesión de mediación puede variar entre 30 o 120 dólares en virtud de los ingresos de las partes, teniéndose en cuenta además la diversidad de la capacidad económica de las dos partes”. SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación conectada con los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 390.

enfocarse correctamente a la consecución del acuerdo, prestando la debida colaboración y el apoyo necesario al mediador”⁷⁴¹.

Pero, además de las propias partes, hay otra serie de personas que de una forma u otra va a tener una participación fundamental en la mediación conectada con los tribunales.

6.2 EL PAPEL DEL MEDIADOR

6.2.1 El mediador en conflictos judicializados

Todos los principios estudiados respecto del mediador son, por supuesto, de aplicación al papel que el mismo habrá de desempeñar durante un procedimiento de mediación conectado con el tribunal.

El mediador habrá de informar de la forma más clara y transparente posible a las partes sobre los términos del procedimiento de mediación, así como sobre su desarrollo y los efectos del posible acuerdo que alcancen en el mismo.

El mediador no podrá tomar partido por ninguna de las partes y no podrá tener ningún tipo de interés respecto de éstas o del propio objeto del litigio. Su papel será el de catalizador del procedimiento de búsqueda de acuerdo entre las partes, por lo que habrá de velar porque éstas se comporten de forma adecuada durante el mismo, procurando su equilibrio y habiendo de observar en todo momento que las mismas tengan las mismas oportunidades para expresarse, haciéndoles saber la confidencialidad de todo lo tratado.

El mediador habrá igualmente de dirigir las sesiones de mediación de forma flexible, en función de las circunstancias de las partes, del conflicto y del propio mediador. Habrá de programar las sesiones de mediación de la manera más rápida posible, teniendo en cuenta la pendencia del proceso judicial, con la consecuente importancia de la celeridad en la programación del procedimiento de mediación.

Habrá de abstenerse de intervenir cuando concurra alguna causa que pueda afectar a su imparcialidad o generar algún tipo de conflicto de interés, salvo que,

⁷⁴¹ Vid: [http:// www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion) (pág. 11).

como se establece en la Ley 5/2012, las partes, conocidas dichas circunstancias, le autoricen expresamente a continuar con el procedimiento de mediación.

Cuando las diferencias de las partes se manifiesten como insalvables durante el procedimiento de mediación el mediador podrá poner fin al mismo e informar tanto a las partes como al Juzgado de tal decisión, a fin de que el proceso judicial pueda continuar su curso, o bien si las partes decidan continuar con la mediación iniciada puedan acudir a otro mediador y solicitar del juzgado la suspensión del proceso o las medidas que entiendan oportunas.

Igualmente, el mediador habrá de tener especial cautela con el tema de la confidencialidad, porque las partes amparándose en la misma pueden observar conductas que sean contrarias a la buena fe. En el momento que el mediador observe cualquier tipo de actuación de este tipo en las partes habrá de poner fin inmediatamente al procedimiento de mediación⁷⁴².

Una de las cuestiones más controvertidas respecto de la figura del mediador en la mediación conectada con los tribunales es la formación y capacitación que ha de acreditar el mismo, ¿ha de ser la misma que para la mediación privada o previa, o, sin embargo, han de exigirse requisitos adicionales?

Quizás, una de las mayores reticencias o suspicacias de los jueces a la hora de derivar asuntos a mediación es precisamente la desconfianza que les genera no tener la certeza de la debida capacitación de los mediadores o instituciones de mediación a los que vayan a remitir los mismos. Cada vez hay más órganos judiciales interesados en la implementación de programas de mediación en sus respectivos tribunales, sin embargo una de las dificultades con las que se encuentran es la falta de mediadores o de instituciones de mediación donde derivar con las suficientes garantías de calidad.

Tal y como se señala en el “Protocolo de Mediación Civil” de la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, “la mediación es un proceso de diálogo asistido y gestionado por un profesional, con la preparación técnica adecuada para

⁷⁴² Vid. en este sentido, ZIMMERMAN, S., “Judges gone wild: why breaking the Mediation confidentiality privilege for acting in “bad faith” should be reevaluated in Court-ordered Mandatory Mediation”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 11:353, pág. 384.

reconducir las posturas procesales cerradas de las partes hacia los intereses de cada uno, que debe saber aflorar y, desde allí, establecer el marco para que la negociación se encarrile hacia el acuerdo satisfactorio.

La profesionalidad del mediador resultará de haber alcanzado la formación que se exija reglamentaria, ya sea a nivel nacional o autonómico, sin perjuicio de que tratándose del desarrollo de específicas habilidades comunicativas y de gestión de conflicto, la experiencia acumulada y contrastada a través de los correspondientes controles de calidad, debe ser igualmente valorada por el tribunal a la hora de formar los paneles o listados de profesionales”⁷⁴³.

Y, por su parte, en el “Protocolo de Mediación Familiar” de la misma Guía, se apunta que “no basta con que un tribunal decida implantar la mediación, es necesario que existan mediadores con experiencia suficiente (en principio se recomiendan dos años de práctica como mediador para participar en el proyecto) que puedan garantizar la calidad del servicio de la mediación intrajudicial. Aquí no bastan voluntarismos ya que está en juego no sólo el prestigio de la propia metodología sino también del Tribunal.

De la eficacia y poder de convicción de los mediadores en la sesión informativa depende la aceptación de las partes para acudir a mediación. Deben ser profesionales contrastados ya que en otro caso la mediación no será bien recibida. Estos mediadores deben dar garantías de independencia, seriedad y confidencialidad, ser profesionales cualificados y con acreditadas habilidades para transmitir a los ciudadanos las ventajas del sistema. Se recomienda que el equipo de mediación esté vinculado a instituciones públicas que garanticen la formación de sus integrantes”⁷⁴⁴.

⁷⁴³ Vid: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion> (pág. 11).

⁷⁴⁴ *Ibíd.*, pág. 51.

6.2.2 Los mediadores en programas conectados a los tribunales en Estados Unidos

En Estados Unidos, tal y como señala DI STEFANO⁷⁴⁵, existen varias opciones para decidir quiénes van a ser los mediadores que formen parte del programa de mediación conectado con el tribunal. Así, algunos tribunales optan por un listado de mediadores privados que van a ser elegidos por las partes –que probablemente sea el modelo que se utilice en nuestro país, una vez entre en vigor el Real Decreto 980/2013 y comience a funcionar el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación previsto en el mismo–, otros envían a las partes a centros de mediación fuera del tribunal aunque conectados con el mismo –como es el caso de muchos de los programas de mediación intrajudicial que se vienen desarrollando en la actualidad en España, en virtud de convenios de colaboración suscritos por el CGPJ con distintas instituciones–⁷⁴⁶, y otros se valen de un programa más completo donde el conjunto de los mediadores está reclutado, seleccionado y entrenado por el tribunal mismo. Como señala la citada autora, esta última opción aumenta, evidentemente, la responsabilidad del tribunal respecto al servicio ofrecido y se hacen necesarios algunos mecanismos de control que terminan con la evaluación periódica de las funciones de los mediadores.

Por lo que respecta a los modos de seleccionar mediadores para el programa, los tribunales en ocasiones realizan un proceso abierto, donde el propio tribunal establece sus propios criterios para garantizarse un equipo de mediadores debidamente cualificados, y en otras ocasiones los tribunales se dirigen a los Colegios de Abogados a fin de pedir que sean éstos quiénes seleccionen a los mediadores acreditados de conformidad con sus propios criterios⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ Vid. DI STEFANO, “Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., págs. 436-439.

⁷⁴⁶ Vid. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Convenios

⁷⁴⁷ Por ejemplo, tal y como pone de manifiesto FONT-GUZMÁN, Puerto Rico ofrece uno de los programas de certificación más rigurosos de Estados Unidos: “los mediadores de los centros son seleccionados por el Negociado de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos y son empleados a tiempo completo por el tribunal. Por su parte, las personas que quieran pertenecer al registro de interventores del tribunal tienen que pasar por un proceso riguroso y comprensivo de adiestramiento. Ser mediador certificado por el tribunal se considera un privilegio. Las personas interesadas en certificarse deben ser mayores de edad, no tener antecedentes penales,

Dichos tribunales, con el objetivo de asegurar la “calidad” del programa, pueden fijar una serie de mecanismos de control cualitativo para determinar la preparación de los mediadores, lo que va a repercutir en el funcionamiento y en la propia imagen del programa de cara a los usuarios del mismo.

El proceso de selección de los mediadores puede llevarse a cabo por parte de los jueces, de miembros del propio programa de mediación, de los Colegios de abogados o de una comisión de mediación constituida en el marco del mismo programa.

Los mecanismos de selección suelen basarse en entrevistas, la experiencia profesional del mediador o la posesión por parte de éste de acreditaciones o certificaciones obtenidas en otras entidades u organizaciones especialistas en mediación. El modelo utilizado normalmente dependerá del propio tribunal, así, en programas completos, en los que el tribunal quiere mantener un control cualitativo respecto a la competencia y formación de los mediadores, las entrevistas suelen

poseer un bachillerato de un colegio o universidad acreditada (en ausencia del bachillerato puede ofrecer evidencia de experiencia profesional y cualificaciones), no estar descalificado por una autoridad licenciadora para ejercer su profesión o tener sanciones disciplinarias pendientes, y completar satisfactoriamente sesenta unidades de adiestramiento en destrezas básicas de mediación, dieciséis unidades de adiestramiento en la práctica de la mediación, ocho unidades de adiestramiento sobre manejo en casos de violencia doméstica (si desean mediar casos de familia) y seis unidades de adiestramiento sobre el sistema judicial de Puerto Rico, para un total de noventa unidades de adiestramiento”. FONT-GUZMÁN, J.N., “Programas de derivación judicial en Estados Unidos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., págs. 461-461. En Florida, que tiene uno de los sistemas de mediación más reconocidos de todo el país, en un primer momento se distinguió según se tratase de conseguir la habilitación para mediador en la Corte Suprema, en cuyo caso se tenían en cuenta los antecedentes académicos y profesionales de los candidatos, así como la formación específica en mediación de los mismos, o bien la habilitación para ser mediadores de los Tribunales de Condado, en cuyo caso no se les exigía formación específica previa, si bien han de completar una tutoría (*mentorship*) y un proceso de formación para mediadores (*Mediation training*). La última norma administrativa que rige en materia de formación (*Mediation Training Standards*) ha introducido una serie de modificaciones en materia de formación, por ejemplo se han modificado los requisitos exigidos a los preparadores principales y ayudantes, requiriéndoles la superación de un examen con libro abierto (*open-bookexam*) sobre el Derecho aplicable a la mediación, las normas de conducta de los mediadores y los requisitos para la obtención y la renovación de las habilitaciones de mediadores; igualmente se han actualizado y adaptado los objetivos formativos en función de los diversos tipos de formación de mediadores. Vid. PRESS, S., “Formación de Mediadores y Cualificación – Tribunales del Estado de Florida”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit. págs. 195-209. MCCRORY señala también que existen evidentes diferencias entre los requisitos exigidos en muchos programas en Estados Unidos a los mediadores que vayan a desarrollar su labor, por ejemplo, en el ámbito familiar (divorcios, etc.) que a aquellos que sólo van a llevar conflictos relativos a pequeñas reclamaciones de cantidad. Vid. MCCRORY, “Mandated Mediation of Civil Cases in State Courts: A Litigant’s Perspective on Program Model Choices”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol 14:3 1999, pág. 820.

ser el mecanismo de selección previa, y a éstas les sucede un posterior entrenamiento y evaluación por parte del propio tribunal, de esta forma con las entrevistas previas el tribunal se garantiza ofrecer sólo la formación posterior a aquellos mediadores que entienda más cualificados al haber pasado el proceso de selección.

La formación en mediación que se ofrece desde el tribunal a los mediadores elegidos incluye referencias a la historia de la mediación en los tribunales, normativa jurídica aplicable, elementos relativos al sistema judicial local, procedimiento de mediación, capacidades y técnicas de comunicación, revisión del conflicto y sus elementos, organización y administración del programa de mediación, coordinación de la mediación con el proceso judicial, principios de ética profesional y otros temas específicos dependiendo del ámbito concreto donde se vaya a desarrollar el programa. La formación incluye igualmente simulaciones y ejercicios prácticos y la evaluación final de los participantes incluirá tanto la participación activa en el curso como el rendimiento en las simulaciones de casos reales. La evaluación final es muy importante a fin de asegurar la implementación de un servicio de calidad y es conveniente mantenerla en el tiempo, por lo que se suelen entregar formularios a las partes y a sus abogados a fin de determinar su grado de satisfacción con la actividad desarrollada por el mediador, igualmente se llevan a cabo estadísticas que pueden medir los resultados conseguidos a nivel cuantitativo –en cuanto al índice de acuerdos obtenidos en los casos mediados por dicho mediador– o a nivel cualitativo –en cuanto al nivel de satisfacción de los usuarios que han participado–. El tribunal podrá incluso apartar del programa a aquellos mediadores que no superen estas evaluaciones⁷⁴⁸.

Junto a esta formación básica, desde los tribunales también se ofrecen cursos de entrenamiento avanzado, es decir un período de supervisión por parte de mediadores expertos o del personal encargado de la administración del programa. Este periodo de supervisión tendrá una duración diferente según las necesidades de cada mediador

⁷⁴⁸ Vid. WELSH, N., "The Place of Court-connected Mediation in a Democratic Justice System", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 5:117, pág. 142.

Por lo que respecta a la formación de origen del mediador, tal y como señala FONT-GUZMÁN, en Estados Unidos “en el proceso de establecer programas de mediación conectados con el tribunal, los tribunales y la legislatura tienden a preferir que el mediador sea un juez retirado o un litigante con un mínimo de cinco años de experiencia. Aun en aquellos programas de mediación intrajudicial que permiten la selección de mediadores que no son abogados, los abogados y jueces suelen preferir a abogados como mediadores. Dada la importancia de que los acuerdos sean conformes a la ley, no es sorprendente que los jueces prefieran que los mediadores sean abogados”⁷⁴⁹.

Normalmente, como señala WELSH la intervención de estos mediadores es mucho más evaluativa, pero son los propios abogados que eligen a mediadores con formación jurídica los que demandan de éstos una participación mucho más activa en el procedimiento porque lo que buscan es la solución de litigio⁷⁵⁰.

6.2.3 El perfil del mediador

Pese a la indudable incidencia de los mediadores con formación jurídica en el ámbito de la mediación conectada con los tribunales, según manifiesta FONT-GUZMÁN “mis experiencias a través de los años me han convencido de la necesidad de adoptar modelos interdisciplinarios en el desarrollo y la implementación de programas de métodos alternos de resolución de conflictos (...). A tales efectos, me parece imprescindible que en el proceso de desarrollar programas de métodos alternos se solicite de manera proactiva el insumo de profesionales, no tan sólo en

⁷⁴⁹ FONT-GUZMÁN, J.N., “Programas de derivación judicial en Estados Unidos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 445. En el mismo sentido señala DI STEFANO que se suele preferir para los programas de mediación intrajudicial a los mediadores que tengan formación jurídica, normalmente abogados que se hayan formado asimismo en mediación, pero tal y como señala la reseñada autora, este dato por sí solo no siempre garantiza la competencia del mediador. Vid. DI STEFANO, “Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 437.

⁷⁵⁰ WELSH, N.A., “Making Deals in Court-Connected Mediation: What’s Justice Got To Do With It?”, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 79:787, pág. 805.

el área del derecho, sino también de profesionales en disciplinas como conflictología, psicología, antropología y sociología, entre otros”⁷⁵¹.

Comparto la opinión de la citada autora, en el sentido de que la mediación intrajudicial no ha de limitarse exclusivamente a los abogados o juristas que se hayan formado en mediación, si bien, obviamente, los conocimientos jurídicos son fundamentales para desenvolverse adecuadamente en este ámbito, donde, no hay que olvidarlo, se va a mediar no sólo sobre conflictos sino en litigios jurídicos ya judicializados.

Lo fundamental para poder mediar, ya sea en mediación intrajudicial o en mediación extrajudicial, es tener una formación adecuada, seria y rigurosa en mediación, pero entiendo que la especialización o el conocimiento específico del ámbito donde se vaya a mediar, sin duda, facilita igualmente el trabajo del mediador y más cuando hablamos de mediación conectada con los tribunales, donde los mediadores con formación jurídica de origen parten con cierta ventaja.

Sin embargo, hay mediadores provenientes de otras disciplinas como psicólogos, trabajadores sociales, psicopedagogos, etc., que con una adecuada formación jurídica pueden perfectamente desempeñar labores de mediación intrajudicial y, de hecho, así lo vienen realizando en los distintos programas implementados en nuestros tribunales desde hace años.

Es importante la multidisciplinariedad en la mediación, porque como señalaba FONT-GUZMÁN los conflictos son complejos y se nutren de muy diversas circunstancias, por lo que la posibilidad de que existan mediadores de varias disciplinas de origen no va a hacer sino enriquecer la propia mediación intrajudicial. Por ejemplo, en la mediación familiar intrajudicial es muy habitual que se trabaje en comediación, donde uno de los mediadores tiene formación de origen jurídica y el otro no, es por ejemplo psicólogo o trabajador social; estos equipos “mixtos” de mediación suelen dar muy buenos resultados, los conocimientos que uno tiene complementan a los del otro y viceversa.

⁷⁵¹ FONT-GUZMÁN, J.N., “Programas de derivación judicial en Estados Unidos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 442.

Además en el ámbito de la mediación intrajudicial, aunque se trata de litigios jurídicos, el conflicto normalmente tiene otras connotaciones adicionales o puede requerir de conocimientos que nada tengan que ver con el ámbito estrictamente jurídico, por lo que aquí también los mediadores de disciplinas de origen no jurídicas pueden resultar muy adecuados. Por ejemplo, si se trata de un litigio por un conflicto surgido por defectos en la construcción, quizás el más indicado puede ser un mediador cuya formación de origen sea la de arquitecto o similar; o en un conflicto cambiario o hipotecario, probablemente también pueda resultar más adecuado un mediador con formación en Economía o Administración de Empresas. En la actualidad son muchos los profesionales de muy diversas disciplinas (arquitectos, ingenieros, economistas, administradores de fincas, etc.) que se están formando en mediación, normalmente desde cursos organizados por sus propios Colegios profesionales, por lo que los tribunales van a poder disponer de un importante elenco multidisciplinar de profesionales en mediación.

Dadas las peculiares circunstancias en las que se va a desarrollar la mediación intrajudicial, entiendo que se podrían exigir una serie de requisitos adicionales a los mediadores que vayan a desarrollar su labor en este ámbito y que, de cara a la deseable “institucionalización” de la mediación en nuestro sistema de Justicia, sería conveniente ofrecer las garantías de calidad demandadas desde los propios tribunales, por lo que habría de darse mayor participación a los mismos en la determinación de los criterios de formación y selección.

6.3 EL JUEZ EN LA MEDIACIÓN

Según se establece en el art. 117.3 de la Constitución Española, “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”, pero igualmente en el mismo texto y con categoría de derecho fundamental se establece en el art. 24 que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”, por lo que, como apunta ALASTRUEY GRACIA, “la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas se constituye, por tanto, en el deber

fundamental de los jueces y tribunales y ello no puede reducirse al enjuiciamiento final, a la sentencia sobre el fondo”⁷⁵².

En el mismo sentido, MEJÍAS GÓMEZ, refiriéndose al papel de los jueces, señala que “nuestra misión no consiste sólo en poner fin a los distintos procesos mediante las correspondientes sentencias, sino en resolver realmente los litigios, es decir, en pacificar los conflictos. Lo que no es lo mismo”⁷⁵³.

El papel del juez no debería limitarse, en consecuencia, a resolver jurídicamente la cuestión planteada, sin más, sino que tendría que intentar buscar una salida al conflicto que realmente colme los derechos e intereses de las partes, dando cumplimiento al mandato constitucional de “tutela judicial efectiva”, y ello no pasa siempre por la sentencia, toda vez que hay asuntos que pueden obtener una solución más adecuada si son las propias partes las que deciden la misma. Se trata de hacer ver al juez que su papel no ha de ser exclusivamente el de “decidir” los conflictos, sino también el de “intentar la mejor solución” para los mismos.

Tal y como se pone de manifiesto en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, publicada por el Consejo General del Poder Judicial en octubre de 2013, “si entendemos la función judicial como la actividad racional que permite establecer una serie de hipótesis legales de solución al conflicto para alcanzar la más razonable, es tarea del juez estimular las soluciones amistosas y la derivación hacia otro tipo de intervención que permita a los litigantes llegar a acuerdos sobre sus intereses”⁷⁵⁴.

Hay que partir de la premisa de que en el proceso civil la mayor parte de los derechos en cuestión son derechos de carácter privado y, por tanto, de carácter dispositivo para las propias partes, por lo que si el papel del juez ha de ser el de tutelar efectivamente dichos derechos, no en todo caso será necesario que el mismo llegue a la decisión final sobre el fondo del asunto, sino que en muchas ocasiones será más conveniente delegar en los propios interesados, las partes, la

⁷⁵² ALASTRUEY GRACIA, R., “Argumentario sobre la búsqueda de soluciones negociadas en el proceso civil”, disponible en <http://www.poderjudicial.es> -> Mediación, pág. 3.

⁷⁵³ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de...*, op. cit., pág. 110.

⁷⁵⁴ Documento disponible en la página web del Consejo General del Poder Judicial. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion>

responsabilidad sobre la gestión y decisión acerca de dichos derechos a fin, precisamente, de ofrecer una mejor tutela de los mismos.

El proceso judicial no es otra cosa que una sucesión de actos jurídicos de carácter racional encaminados, en base al principio de contradicción de las pretensiones opuestas de las partes, a conseguir el convencimiento suficiente del juez acerca de los hechos controvertidos y que éste pueda dictar una resolución que “ponga fin” al conflicto, pero, en muchas ocasiones, lo que sucede es que precisamente tras la sentencia es cuando empieza el verdadero conflicto⁷⁵⁵.

El proceso judicial, por tanto, se mueve dentro de unos márgenes muy estrechos configurado por las posiciones manifestadas por las partes en sus respectivos escritos de alegaciones, escritos, por otra parte, que han sido redactados por los abogados basándose en una estrategia puramente legal donde lo que se pretende es conseguir el mejor resultado, obviando en muchas ocasiones los verdaderos intereses de sus clientes.

El juez tiene que intentar ver más allá de los límites del propio proceso, entender que el conflicto se puede resolver mejor en un marco mucho más amplio, donde se tengan en consideración cuestiones que no sean simplemente jurídicas, pero que puedan resultar determinantes para los intereses de las partes y, en definitiva, para la solución del problema.

Como se pone de manifiesto en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* del CGPJ, “no obstante el planteamiento judicial de una controversia, las partes se hallan en situación de replantear la cuestión fuera de los estrictos márgenes del procedimiento judicial, que reduce drásticamente las posibilidades de solución, en la búsqueda de otras alternativas de solución del conflicto por vía de la autocomposición”.

Para derivar a mediación, como señala MEJÍAS GÓMEZ, “es preciso que el juez tenga una formación mínima en materia de mediación, lo que le permitirá valorar adecuadamente la naturaleza del conflicto y realizar un pronóstico preliminar

⁷⁵⁵ Vid. LUQUÍN BERGARECHE, R., “Contestaciones al cuestionario presentado a los participantes de la mesa redonda *Problemas de la implantación de la mediación intrajudicial desde los Juzgados de Familia*”, en SÁEZ VALCÁRCCEL, R. Y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dirs.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos...*, op. cit., pág. 286.

acerca de las posibilidades de éxito de la mediación. No es necesario que el juez sepa realizar la mediación, si bien cuanto más conozca la técnica de la mediación mejor utilizará este recurso”⁷⁵⁶.

En el mismo sentido, en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* se apunta que “para que los jueces puedan indicar o sugerir eficazmente desde un proceso judicial el recurso a la mediación, es absolutamente preciso que conozca las bases de esta metodología, cuente con los instrumentos y recursos necesarios para impulsarla y participe de la ayuda de las Instituciones públicas y privadas en su implantación y desarrollo”.

Si el juez entiende que puede ser factible el acuerdo entre las partes y que dicho acuerdo puede ofrecer una solución para éstas mejor que la que puedan obtener como resultado de su confrontación judicial, al menos en estos años iniciales, habrá de intentar “convencer” a las mismas de que opten por dicha vía.

Como apunta ALASTRUEY GRACIA⁷⁵⁷, “el juez goza de un principio de confianza”, las partes cuando acuden ante el órgano judicial para la resolución de sus problemas depositan en él su confianza para alcanzar una solución que ponga fin al conflicto, por tanto si es éste quien les dice que deben intentar una solución negociada, porque pueden obtener de la misma un mejor o más completo resultado que el que obtendrían de una decisión impuesta coactivamente por el mismo, muy probablemente las partes acogerían dicha sugerencia mejor incluso que si se la formularan sus propios abogados.

En el mismo sentido, en el escrito de síntesis de las *Conclusiones del Grupo de Trabajo PNPM sobre Protocolos de Derivación a Mediación*, presentado en el “III Simposio Tribunales y Mediación en España”, celebrado en septiembre de 2013 en

⁷⁵⁶ Continúa manifestando el citado autor, “considero que el Juez debe tener una formación consistente en materia de mediación, debe conocer bien sus ventajas, debe saber qué tipo de asuntos pueden mediar y qué asuntos no, ya que sólo partiendo de este criterio realizará la oportuna derivación hacia los mediadores, debe tener las habilidades necesarias de persuasión como para transmitir a las partes los beneficios y ventajas que tiene para ellos el uso de este proceso de autocomposición, así como conocer bien las técnicas de la mediación, lo que resulta muy útil no sólo para realizar mediación sino para otros aspectos del trabajo judicial que redunda en una considerable mejora en la calidad del mismo”. MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de...*, op. cit., pág. 109.

⁷⁵⁷ ALASTRUEY GRACIA, R., “Argumentario sobre la búsqueda de...”, op. cit., pág. 10.

Madrid, se indica que “los jueces tienen un papel fundamental en el impulso de la mediación. Cualquier iniciativa de mediación intrajudicial resulta mucho más efectiva cuando es la autoridad judicial quien la explica personalmente a las partes en vistas, comparecencias, etc.

El juez debe saber quitarse la lente de enfoque de lo jurídico para trasladar a las partes litigantes y a sus abogados otras visiones posibles para el abordaje de la controversia. Este discurso debe integrar su profundo conocimiento de la controversia tal como ha sido planteada, y también los límites a la decisión que le imponen las normas ante ese planteamiento, los costes temporales, económicos y emocionales que les reporta el mantenerse en juicio y la posibilidad de soluciones creativas que sólo están en poder de las partes pero no en la decisión judicial, para terminar sugiriendo el recurso a la mediación”⁷⁵⁸.

Ahora bien, dicho intento ha de ser en todo caso fundamentado. Entiendo que no es conveniente que el juez coaccione a las partes y que sólo ha de hacer uso de su autoridad precisamente para hacer ver a las partes que ellas son las verdaderas dueñas del conflicto, por lo que han de ser las principales protagonistas de la solución, y que su papel, como juez, es el de ayudarlas a buscar la mejor solución posible.

STRECKER, magistrado alemán y miembro de GEMME, a este respecto, apunta que “el juez puede referirse a su autoridad judicial solamente en este papel mismo. Cuanto más se aleja el juez de este papel, tanto más se debe legitimar su intervención por su autoridad personal o su competencia – o bien abstenerse de este cambio de papel”⁷⁵⁹.

Para ello, el juez habrá de actuar, en ocasiones, como “agente de la realidad”, haciendo comprender a las partes que él ha de decidir en los términos jurídicos que sus abogados han planteado y que es cuestión de lo que puedan probar en el proceso y no de que crean que tienen razón. Igualmente, habrá de hacerles ver que el proceso muy probablemente no colme las expectativas de ambas partes, –al

⁷⁵⁸ Documento disponible en: <http://www.mediacionesjusticia.com> (pág. 15).

⁷⁵⁹ STRECKER, C., “Fallo y arreglo de conflictos. Propuesta para una tipología de conflictos y formas de intervención”, en GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J., VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dirs.), *Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos...*, op.cit. pág. 200.

menos la de una de ellas seguro-, y que el juez sólo puede resolver sobre aquellas cuestiones que le han sido planteadas, pero no sobre todas aquellas que las partes posiblemente esperan y que tal posibilidad sí está en sus propias manos. Por último, también habrá de transmitirles que las consecuencias del procedimiento judicial pueden resultar gravosas en todos los sentidos (costes económicos, temporales, emocionales...) y producir una serie de resultados que quedan fuera del control del propio órgano judicial que, normalmente, se traducirán posteriormente en problemas de ejecución de la propia resolución judicial con lo que el ciclo del conflicto puede ser inacabable.

Frente a esto, ha de intentar hacer ver a las partes las ventajas de una solución acordada y las facilidades procesales de incorporar dicha solución al procedimiento, vía normalmente de la homologación del acuerdo que, una vez producida, automáticamente producirá la eficacia ejecutiva del mismo. Igualmente, ha de hacerles llegar las probabilidades de mayor cumplimiento de una solución negociada y la mayor satisfacción conjunta que la misma puede reportarles, así como el ahorro de costes de todo tipo.

En todo este proceso, el juez no debe mediar ni negociar con las partes, sino favorecer la negociación o la mediación que pueda facilitar la consecución del acuerdo. Como pone de manifiesto MEJÍAS GÓMEZ, “el papel del juez es el de impulsor del proceso de mediación, de tutelador del mismo”⁷⁶⁰.

Existen una serie de límites que el juez no debe traspasar. Así, tal y como señala ALASTRUEY GRACIA, “debe evitarse conocer los términos concretos en que se ha negociado antes o se va a negociar después, la negociación sea directa entre las partes o con intervención de un tercero (mediador) debe gozar de confidencialidad, pues de otra forma conocer otros intereses que se hubieran puesto de manifiesto en la negociación pero no formen parte del proceso judicial podría mediatizar la hipotética resolución que deberá dictar si no se alcanza una solución convenida. Es por ello que, advertida la disposición a negociar e identificados los temas o cuestiones sobre las que debe recaer la negociación,

⁷⁶⁰ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de...*, op. cit., pág. 109.

ofrecerá la posibilidad de efectuarla fuera de su presencia, ya sea directamente por las partes y sus asesores, ya sea mediante la remisión a mediadores externos.

En ningún caso el juez debe perder su neutralidad durante este trámite de favorecer la conciliación. No cabe indicar a ninguna de las partes que va a perder el litigio, ni que se le impondrán las costas a ella. La actitud conciliadora del juez es incompatible con el tono airado o la amenaza de consecuencias procesales. La conciliación debe desarrollarse fuera de los términos del juicio jurisdiccional. En ese equilibrio entre abrir el camino a una solución de los propios interesados y la necesaria imparcialidad estriba la gran dificultad de la tarea”⁷⁶¹.

El término “intrajudicial” para referirse a la mediación que se realiza conectada con el entorno de los tribunales, no es exactamente el más adecuado y puede inducir a confusión, toda vez que parece que es el propio juez el que va a realizar la mediación, cuando en realidad el papel del mismo nada tiene que ver con dicha función.

Los jueces ni hacen, ni tienen que hacer mediación y su papel se ha de ceñir, en primer lugar, a evaluar cuáles de los casos que tienen en su tribunal podrían ser derivados a un proceso de mediación, obviamente no todos los asuntos son susceptibles de ser negociados o no requieren de una solución de esta naturaleza.

En segundo lugar, como he comentado previamente, también es importante que el juez, desde la autoridad que le confiere su conocimiento del litigio, en cualquier fase del proceso, sea capaz de transmitir a las partes esa idea, es decir, intentar convencerles de que su conflicto podría ser resuelto utilizando la mediación como vía adecuada de gestión del mismo y darles la posibilidad de remitirles a un mediador profesional que les pueda ayudar en ese cometido.

Por último, finalizado el proceso de mediación, el juez habrá de recibir el resultado del mismo, homologando los acuerdos que las partes hayan alcanzado en el proceso de mediación, para, en su caso, dotarles de la eficacia jurídica necesaria a los efectos que sean oportunos y poner fin al procedimiento judicial abierto, o bien

⁷⁶¹ ALASTRUEY GRACIA, R., “Argumentario sobre la búsqueda de...”, op. cit., pág. 17.

acordar continuar adelante con el proceso si las partes no han conseguido solucionar su controversia⁷⁶².

El papel que el juez ha de desempeñar en la mediación conectada con los tribunales es fundamental. El éxito o fracaso de la mediación vinculada a los juzgados va a depender en gran medida de la actitud y colaboración que los jueces presten en el proceso de implementación de la misma y han de ser conscientes de que tienen a su alcance la posibilidad de incorporar a nuestro sistema de justicia un nuevo mecanismo que va permitir ofrecer en determinados supuestos soluciones más completas que las que el propio proceso judicial puede ofrecer, coadyuvando a una mejor calidad de dicho sistema⁷⁶³.

Esto no tiene nada que ver con la previsión recogida en la Directiva 52/2008/CE, respecto de la posibilidad de que en determinadas ocasiones los propios jueces puedan actuar como mediadores, aprovechando su experiencia o sus conocimientos en un determinado ámbito. Esta previsión no hace sino recoger algunas experiencias exitosas llevadas a cabo en algunos países, sobre todo anglosajones (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido y otros), en las que el juez, una vez ha analizado el conflicto y ha llegado a la convicción de que la respuesta legal va a ser más inapropiada, interviene como mediador. Por supuesto, en estos casos en los que el juez interviene como mediador, si no se alcanzase ningún tipo de acuerdo por las partes, el mismo se apartaría del proceso, no pudiendo participar en la prosecución del mismo de forma alguna.

⁷⁶² Véase en este sentido, ORTUÑO MUÑOZ, P., "La mediación intrajudicial", en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dir.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit. pág. 133. Igualmente, MARTÍN NÁJERA, T., PÉREZ SALAZAR, M., UTRERA GUTIERREZ, J.L., "Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los Juzgados y Tribunales que conocen de procesos de familia", en *Revista de Mediación*, Año 2, Nº 4, octubre 2009, pág. 15.

⁷⁶³ A este respecto, FREIRE PÉREZ, desde su posición de magistrada, señala: "Depende de todos nosotros la posición que como Jueces queramos adoptar frente a la mediación, simples y perpetuos espectadores, participantes activos y convencidos, garantes y defensores de una tutela real y efectiva a conseguir a través de la mediación, y porque no, activistas como yo. De nosotros depende también ser Jueces-Hércules, aplastados por el peso del incesante trabajo que cada día tenemos ante nosotros y por el peso de una opinión ciudadana que no nos valora suficientemente, no, al menos, como nos gustaría, o bien, Jueces-Mercurio, aquellos que, conscientes de los tiempos en los que les ha tocado desarrollar su función, reconocen y aceptan que la intervención de otros modelos de justicia como la mediación y de otros expertos, los mediadores, les puede ayudar en su tarea". FREIRE PÉREZ, R., "La posición del Juez ante la mediación: ¿Espectador, participante, garante?", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 285.

En nuestro país, se criticó por parte de los propios jueces que en el texto del primer Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, pese a haber sido previsto en el artículo 2 a) de la Directiva, no se contemplaba la mediación llevada a cabo por un juez que no fuese responsable de ningún procedimiento judicial vinculado al litigio⁷⁶⁴.

La *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, tampoco ha acogido la previsión de la Directiva en este sentido, lo cual me parece adecuado de acuerdo con el principio de exclusividad de la jurisdicción.

Entiendo que, pese a que el juez tenga experiencia en la práctica de la mediación intrajudicial, ese mero hecho no le faculta por sí para actuar sin más como mediador. El papel del juez en la mediación intrajudicial no es o no ha sido el de actuar como mediador en los mismos, sino que, como he comentado previamente, la función del mismo consiste más en facilitar e impulsar el proceso de mediación.

Si el juez no tiene formación específica en mediación no puede actuar como mediador, igual que tampoco debería hacerlo un fiscal, un abogado o un psicólogo que, de alguna forma, acrediten haber tenido contacto con la mediación intrajudicial y por mucha experiencia que acrediten en sus respectivos campos profesionales. Si estamos abogando por la calidad y profesionalización de la mediación es conveniente exigir conocimientos y formación específica en las técnicas y disciplinas que la misma aborda⁷⁶⁵.

Me parece muy adecuado aprovechar los conocimientos y experiencia que los jueces pueden aportar en el campo de resolución alternativa de conflictos, pero

⁷⁶⁴ Vid. el “Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Mediación...”, op. cit. pág.24.

⁷⁶⁵ En este sentido, destaca ORTUÑO MUÑOZ que “la práctica de la mediación, en el sentido propio del término, por los propios jueces es muy escasa, prácticamente simbólica. Se realiza fundamentalmente en el ámbito de los litigios de familia, (en la fase de medidas provisionales), en algunos juzgados de menores y en los juzgados de lo social. Los escasos jueces que se emplean en un proceso de mediación, que en ocasiones se denominan *jueces-mediadores*, tienen una escasa formación en técnicas mediadoras, y generalmente improvisan su actuación, aún cuando su gestión suele trascender en la prensa y, especialmente, con su presencia en foros de mediación. Gracias a su gran intuición algunas de sus intervenciones han alcanzado relevancia pública. El efecto que producen, no obstante, es negativo, puesto que el grado de notoriedad, la presencia en los medios y el nivel de polémica que generan hacen que no tengan capacidad de arrastrar a su peculiar estilo a más jueces de su entorno”. ORTUÑO MUÑOZ, P., “A modo de conclusiones: la implantación de la mediación intrajudicial”, en POMPEU CASANOVAS, JAUME MAGRÉ y M^a. ELENA LAUROBA (Dirs.), *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, op. cit., pág. 1157.

entiendo que si no se forman específicamente como mediadores, su papel puede encajar mejor con otras figuras cuya denominación y funcionamiento se adapta más a la naturaleza de su intervención, sobre todo las conferencias para acuerdo (Settlement Conferences)⁷⁶⁶.

En las conclusiones del “Taller de derivación a mediación. Mediación conectada con el Tribunal”⁷⁶⁷, organizado por el Consejo General del Poder Judicial en el año 2010, por los propios magistrados participantes se consideró que el papel fundamental del juez en la mediación debía consistir en impulsar la mediación desde el propio tribunal, siendo partidarios incluso de la derivación a una primera sesión informativa obligatoria en los asuntos de familia cuando haya menores implicados en el procedimiento, o en aquellos asuntos civiles y mercantiles en los que exista una relación entre las partes y dicha relación se haya de mantener en el futuro.

En concreto, y por lo que respecta a las conclusiones alcanzadas en cuanto al papel que ha de desempeñar el juez en la mediación civil y mercantil, se establece que:

“1. Le corresponde derivar activamente a mediación o intentar la mediación en los procedimientos ordinarios, especialmente en el momento de la Audiencia Previa. En los casos en los que sea posible la mediación, al menos debe intentar derivar a las partes a una sesión informativa obligatoria.

2. Será también una función del juez sancionar en materia de costas:

- 1) El incumplimiento de la obligación de acudir a sesión informativa obligatoria.
 - 2) La transgresión de la buena fe en el intento de mediación, si consta esa transgresión en el acta emitida por el mediador.
3. Le corresponde abstenerse de controlar o interferir o, incluso, de querer conocer el acuerdo final de la mediación.

⁷⁶⁶ Para más información acerca de ésta y otras modalidades alternativas de resolución de conflictos, véase BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos...*, op. cit. págs. 86 y ss.

⁷⁶⁷ Incluidas como Anexo en SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación vinculada a los Tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos*, op. cit., págs. 267-280.

4. Le corresponde aplicar las normas procesales sobre allanamiento o desistimiento y renuncia, con el límite único del artículo 1255 del Código Civil en relación al orden público.

5. Le corresponde desde el punto de vista deontológico, mantener las cosas en el estado que estaban, desde el punto de vista procesal y sustantivo, desde el momento en que se inicia el intento de mediación, excepto en las costas. A estos efectos debe garantizar:

1) Por un lado su independencia, que no puede perjudicarse por derivar el asunto a mediación, por si ulteriormente tiene obligación de resolver el asunto, impidiendo que esto pueda dar lugar a una causa de abstención o recusación.

2) En segundo lugar, le corresponde garantizar la confidencialidad de la mediación o del acuerdo, para que éste en modo alguno pueda afectar al fallo si tuviera finalmente que dictarse sentencia.

3) Y, finalmente, garantizar la sucesión del procedimiento, de manera que el intento de mediación no perjudique a la situación procesal ni a los derechos de las partes”⁷⁶⁸.

Queda, pues, claro el alto nivel de implicación de la judicatura en el proceso de implantación de la mediación conectada con los tribunales y cómo desean asumir un papel activo en dicho proceso.

La Ley 5/2012 no prevé la posibilidad de otorgar al juez la potestad de derivar a las partes con carácter obligatorio a una sesión informativa de mediación, en aquellos casos que éstos estimen conveniente, tal y como era su deseo, según se desprende de las anteriores conclusiones, pero sí que les ha reconocido, tanto en el procedimiento ordinario como en el juicio verbal, en primer lugar la facultad de dar a conocer a las partes la posibilidad que tienen de finalizar su litigio a través de un acuerdo, pudiendo para ello recurrir a la mediación, si lo estiman necesario, y en un segundo momento se le reconoce también la opción de invitar a las mismas a

⁷⁶⁸ Conclusiones del “Taller de Derivación a Mediación. Mediación conectada con el Tribunal”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial en el año 2010, en SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación vinculada a los Tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., págs. 279-280.

intentar un acuerdo que ponga fin al proceso, pudiendo acudir a un procedimiento de mediación, “instándolas” a que acudan a una sesión informativa⁷⁶⁹.

Así, la Ley de 2012 confirma la posición de garante del juez respecto de todas aquellas cuestiones procesales que puedan verse de alguna forma afectadas por la mediación iniciada.

FREIRE PÉREZ define perfectamente cuál ha de ser el papel del juez en la mediación, sostiene la citada autora que “el juez es espectador, porque el proceso de mediación propiamente dicho se desarrolla fuera del Tribunal y además es *confidencial*, por lo que ha de limitarse a observarlo desde lejos. Es participante porque en la mayoría de las ocasiones *elige* la causa o el litigio apto *ab initio* para la mediación (...), y *recibe* sus frutos, a los que ha de dar forma jurídica reconocible. Es garante también, de la calidad del proceso, apreciando con mirada crítica el contenido de los acuerdos alcanzados y observando con sus propios ojos a las

⁷⁶⁹ Tal y como señala GONZÁLEZ MARTÍN, “se trata de una novedad que dentro del respeto a la voluntad de las partes, trata de promover la mediación y las soluciones amistosas de los litigios”. GONZÁLEZ MARTÍN, L.A., “Aspectos procesales de la Ley de Mediación”, *Iuris, Actualidad y Práctica del Derecho*, 183, enero 2013, La Ley, pág. 30. Así, respecto del procedimiento ordinario, en el apartado Diez de la Disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se acuerda modificar el art. 414.1.2 LEC que queda redactado de la siguiente forma: “En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma. La audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción entre las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba. En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, o en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa”. Por su parte, respecto del juicio verbal, el apartado Trece de la misma Disposición final tercera, dispone la modificación del art. 440.1, que queda redactado como sigue: “El secretario judicial, examinada la demanda, la admitirá o dará cuenta de ella al tribunal para que resuelva lo que proceda conforme a lo previsto en el artículo 404. Admitida la demanda, el secretario judicial citará a las partes para la celebración de vista en el día y hora que a tal efecto señale, debiendo mediar diez días al menos desde el siguiente a la citación y sin que puedan exceder de veinte. En la citación se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma (...). Y en el apartado Catorce se acuerda la modificación del art. 443.3: “(...) En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso, a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación o arbitraje”.

personas que han participado en el mismo para constatar que sus derechos y garantías han sido respetados”⁷⁷⁰.

6.4 EL ABOGADO EN LA MEDIACIÓN VINCULADA A LOS TRIBUNALES

Las funciones del abogado son, en relación con la mediación, asesorar jurídicamente a su cliente, analizar el conflicto presente a fin de evitarle posteriores conflictos y defender sus intereses dentro y fuera del proceso ⁷⁷¹.

La concepción clásica del abogado tradicional, por lo menos la que trasciende a gran parte de los ciudadanos, es la del profesional, en cierta medida, cegado por las leyes y por los códigos, educado para ganar litigios ante los tribunales.

La formación universitaria en Derecho se centra en formar a los futuros abogados en todas las ramas de la ciencia jurídica, pero se les programa para litigar y para ganar, de hecho hasta hace muy poco tiempo en ninguna Universidad española se impartían en los estudios de Licenciatura, o actualmente Grado en Derecho, asignaturas que tuviesen que ver con la negociación o la resolución alternativa de conflictos, lo que ha cambiado en los últimos tiempos, incluyéndose en los programas de Grado asignaturas sobre ADR, negociación o mediación, normalmente de carácter optativo.

Es preciso que el abogado sea formado para que pueda asesorar a su cliente el método de solución de conflictos más adecuado para la gestión de su problema.

Esta situación ha coadyuvado, como ya he comentado en este trabajo, a que nuestro sistema judicial se encuentre sitiado por una cultura litigante, a que los juzgados se encuentren colapsados por multitud de procesos legales, muchos de los cuales han sido “provocados” y en ocasiones “retrasados” por la propia actuación de los abogados, supuestamente en defensa de los derechos e intereses de sus clientes.

Según el art. 30 del Estatuto General de la Abogacía, “el deber fundamental del abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es

⁷⁷⁰ FREIRE PÉREZ, R., “La posición del Juez ante la mediación: ¿Espectador, participante, garante?”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 281.

⁷⁷¹ ORTUÑO MUÑOZ, P., “El papel del abogado en la mediación”, *Abogados*, octubre 2009, pág. 30.

cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados”⁷⁷².

La tarea fundamental de los abogados ha de ser, pues, la de proteger y defender los intereses de su cliente de la mejor forma posible y ello, en ocasiones, pasará por la interposición de las acciones oportunas ante los tribunales, pero en otras ocasiones será más conveniente utilizar otras vías a fin de proteger dichos intereses de forma más adecuada. El cliente probablemente no tiene interés en permanecer en pleito, su objetivo es la solución de su problema, y si para ello el abogado consigue ahorrarle costes económicos, temporales, emocionales u otros de cualquier tipo, su satisfacción obviamente será mucho mayor.

Los abogados han de prepararse para ofrecer a sus clientes las mejores alternativas posibles frente a un conflicto determinado y para ello han de intentar ir cambiando progresivamente su mentalidad confrontativa a una visión más amplia, integradora, generadora de ideas y soluciones creativas, al margen del litigio y la confrontación⁷⁷³.

Afortunadamente, cada vez son más los abogados que van “descubriendo” otras formas de gestionar y de dar una solución adecuada a los intereses de sus clientes, y entre dichas formas, sin duda, en los últimos tiempos ha cobrado especial relevancia la mediación y el Derecho colaborativo.

En Estados Unidos, tal y como señalan MCADOO Y WELSH, los abogados conciben ya la mediación como algo institucionalizado, como un servicio más que forma parte del propio sistema de administración de Justicia, además valoran de la misma, aparte de su rapidez y menor coste económico, la adecuación en muchas

⁷⁷² Vid. *Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de General de la Abogacía Española*, publicado en el BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001.

⁷⁷³ Tal y como señala FAJARDO MARTOS, “la primera decisión estratégica para la solución de un conflicto entre empresas es la elección del mecanismo, tradicional o alternativo, de solución de conflictos más adecuado a los intereses de las partes. En la práctica, esta decisión viene condicionada, en parte, por la tipología y características del conflicto y, principalmente, por las distintas ventajas que los principios y garantías (reglas del juego) que regulan los diversos mecanismos ofrecen para la protección de los intereses de las partes en un sentido muy amplio (económico-financieros, jurídicos, comerciales y de imagen). Se trata, pues, de identificar las ventajas que derivan de los principios y garantías que regulan la mediación y que determinan que sea el mecanismo alternativo de solución de conflictos empresariales más utilizado en el ámbito internacional”. FAJARDO MARTOS, P., “La posición del abogado en el proceso de mediación”, pág. 2, disponible en: <http://www.congresomediacion.es/pdf/PAULINO%20FAJARDO.pdf>

ocasiones de los acuerdos que alcanzan sus clientes, percibiéndolos como más justos que los que habrían obtenido en un proceso judicial⁷⁷⁴.

La mediación ha llegado para quedarse, por lo que los abogados han de aprender a “convivir” con ella, a saber cómo utilizarla y cómo recomendársela a sus clientes cuando lo consideren oportuno. En este sentido WISSLER señala, basándose en estudios empíricos realizados en Estados Unidos, que cuando el abogado informa adecuadamente a sus clientes y les prepara para la mediación, el caso tendrá más posibilidades de acuerdo y las partes se sentirán menos presionadas para llegar a una solución consensuada porque entienden su finalidad, además de contemplar a la mediación como un procedimiento más justo, percepción ésta que incluso también sienten los propios abogados⁷⁷⁵.

Han de también conocer cuál ha de ser su rol dentro del procedimiento de mediación y a este respecto existe todavía bastante confusión entre los abogados, básicamente por el desconocimiento y la desconfianza que aún suscita este “nuevo” método.

Existe además, fruto igualmente del desconocimiento mencionado, la creencia errónea entre muchos abogados de que ellos ya vienen realizando mediación en su trabajo desde hace muchos años, es decir se consideran abogados-mediadores, cuando por su propia naturaleza son dos figuras totalmente distintas, partiendo de la base de que el mediador es un tercero neutral e imparcial ajeno al conflicto cuya labor es la de ayudar a las partes a llegar a “su” solución y el abogado, por muy colaborador que sea, siempre va a defender los derechos e intereses de una de las partes, de su cliente, por lo que no puede ser neutral ni, obviamente, imparcial.

En este sentido, tal y como señala ORTUÑO MUÑOZ, “es frecuente que se genere un inicial rechazo por algunos profesionales, que suele estar justificado por la ausencia de tradición de esta institución en nuestro país y por la información errónea que se transmite sobre la misma. Como principal argumento se suele decir que el abogado es el mejor mediador. Éste es un tópico que es necesario esclarecer.

⁷⁷⁴ Vid. MCADOO, B. y WELSH, N., “Look Before You Leap and Keep on Looking: Lessons from the Institutionalization of Court-Connected Mediation”, *Nevada Law Journal*, Vol. 5:399, pág. 419.

⁷⁷⁵ Vid. WISSLER, R.L., “Court-Connected Mediation in General Civil Cases: What We Know from Empirical Research”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 17:3 2002, pág. 698.

Los papeles del abogado y del mediador son muy diferentes, en consecuencia se ha de remarcar que el abogado no es un mediador. Puede ser un profesional con un gran talante conciliador, puede ser un hábil negociador, pero la función del mediador es diferente. El mediador es un tercero neutral e imparcial, lo que significa que las partes le han de reconocer estas cualidades desde el inicio del proceso de mediación, es decir es una persona en la que ambas deben confiar plenamente, teniendo la certeza de que, si se apartan de la mediación, esta persona va a desaparecer completamente del conflicto y nunca va a acudir ante un tribunal para favorecer o perjudicar a ninguna de ellas. Además debe ser un profesional legalmente habilitado que conozca y se haya entrenado en técnicas de gestión de conflictos. El mediador no es un asesor legal, puesto que durante el proceso de mediación cada parte debe tener su propio abogado que le asesora y aconseja”⁷⁷⁶.

A este respecto, señala GALEOTE MUÑOZ que “no cabe duda de que la intervención del abogado en los procesos de mediación tiene ventajas tanto para el cliente como para el propio abogado. El cliente podrá conseguir un ahorro económico y de tiempo en la resolución del problema y, además, se verá asistido por el abogado (quien le advertirá de que su intervención, aunque aconsejable, no es obligatoria). Por su lado, el abogado tendrá un beneficio económico por su asesoramiento, tanto sobre el conflicto como sobre todo el proceso de mediación y sus implicaciones”⁷⁷⁷.

En el mismo sentido, en la síntesis del *Grupo de Trabajo PNPM sobre Protocolos de Derivación a la Mediación*, presentada en el “III Simposio Tribunales y Mediación en España”, celebrado en Madrid en septiembre de 2013, se apunta que la labor del abogado será la de indicar a su cliente la utilización de la mediación cuando así lo recomienden las circunstancias del asunto a tratar y “esa indicación debe prepararse convenientemente porque en sí misma implica un proceso negociador con el cliente y con la parte contraria para buscar el mediador más adecuado, para convenir los términos (aquí también hay límites temporales, económicos, de fijación de la confidencialidad...) en que la mediación debe desarrollarse. En esta

⁷⁷⁶ ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación intrajudicial”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit. págs. 138-139.

⁷⁷⁷ GALEOTE MUÑOZ, M.P., “La mediación”, en HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coord.), *Sistemas de solución extrajurisdiccional de...*, op. cit., pág. 87.

importantísima tarea los abogados deben poder percibir no sólo una oportunidad para un mejor desarrollo de su profesión, sino también para una mejor remuneración de sus servicios, pues tienden a la mejor satisfacción de su cliente”⁷⁷⁸.

Entiendo que el abogado ha de abrirse a la mediación y entender el importante papel que la misma puede jugar en la solución de los conflictos de sus clientes. Además, la mediación supone igualmente una nueva posibilidad de negocio para el propio abogado, teniendo en cuenta que uno de los principales problemas que tienen particulares y empresas actualmente es encontrar abogados de perfil colaborativo, que no sólo conozcan las diferentes ramas del Derecho, sino que además ayuden a reducir los conflictos generados por su actividad y gestionarlos de la forma más eficaz y adecuada posible.

Tal y como señala FAJARDO MARTOS, “el cliente espera hoy que su abogado sea capaz de proporcionarle un asesoramiento eficaz, esto es, espera que el abogado sea un conocedor de los problemas específicos de su negocio y tenga en cuenta las necesidades de su cliente, más allá de un mero asesoramiento basado en posiciones jurídicas. Ante un eventual problema, nuestro cliente espera de nosotros –como, de hecho siempre ha ocurrido- una valoración del conflicto y el consejo sobre qué método de solución debe intentarse para resolverlo”⁷⁷⁹.

El papel que el abogado va a desempeñar en la mediación, y más aún en la mediación conectada con los tribunales, es, sin duda, fundamental para el buen fin de la misma.

Así, en primer lugar, antes de que tenga inicio el procedimiento de mediación, el abogado deberá informar a su cliente sobre la posibilidad de acudir a tal método y habrá de informarle detalladamente de en qué consiste la misma y por qué entiende que la mediación es la vía más adecuada para gestionar su conflicto, y tratar de darle la mejor solución.

⁷⁷⁸ Documento disponible en: <http://www.mediacionesjusticia.com>, pág. 14.

⁷⁷⁹ FAJARDO MARTOS, P., “La posición del abogado en el proceso de mediación”, op. cit., pág. 10.

Será por tanto responsable también del consentimiento informado de su cliente respecto al procedimiento que van a comenzar. Además, podrá ayudar a su cliente a la hora de seleccionar al mediador que entienda se ajuste mejor a la especialidad del conflicto a gestionar, pudiendo recomendarle que se dirija a algún mediador en particular o a alguna institución de mediación de su confianza.

Para ello, el abogado habrá de tener un conocimiento lo más detallado posible de las características, principios, fines y metodología de la mediación, a fin de poder analizar y evaluar con su cliente posibles fortalezas y debilidades que, en definitiva, lleven a ambos a la convicción de que es la mejor vía a seguir para la gestión y solución del asunto concreto de que se trate⁷⁸⁰.

En caso de que el asunto sea derivado por el juzgado a mediación, el abogado, igualmente, habrá de explicar al cliente los motivos por los que entiende que el juez ha considerado la mediación como una alternativa más adecuada para tratar de solucionar el litigio y cuál va a ser su propio rol de abogado a partir de ese momento en el procedimiento de mediación que se va a iniciar.

En este sentido, señala ORTUÑO MUÑOZ que “es precisamente el abogado quien mejor puede informar al cliente de la posibilidad de acudir a la mediación e incluso recomendar esta metodología cuando las circunstancias del caso lo aconsejen. El abogado debe sopesar en cada caso las circunstancias personales, económicas y sociales de su cliente y de la parte con la que mantiene el conflicto para ver si la solución puede requerir un acto judicial de autoridad, o si es posible la búsqueda de un acuerdo dialogado. Cuando la mediación se sugiere por el juez, una vez entablado el litigio, el abogado debe reforzar esta opción cuando considere que puede ser idónea. Incluso es conveniente una primera entrevista de los abogados con el mediador”⁷⁸¹.

Respecto de la conveniencia de que el abogado pueda reunirse con el mediador, apunta SOLETO MUÑOZ que “es posible, en los casos en los que la mediación es desarrollada de forma privada, que el abogado tenga comunicaciones o una sesión

⁷⁸⁰ Vid. en este sentido, BRAZIL, W.D., “Court ADR 25 Years After Pound: Have We Found a Better Way?”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 18:1 2002, pág. 134.

⁷⁸¹ ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación intrajudicial”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit. pág. 139.

con los abogados de las partes, con el fin de determinar la conveniencia de la mediación y la capacitación y estilo del mediador, así como detalles sobre horarios y estructura del procedimiento”⁷⁸².

También señala FAJARDO MARTOS que “es útil que los abogados de las partes puedan reunirse previamente con el mediador tanto para explicarle la naturaleza del conflicto como para informarle sobre la manera de ser y peculiaridad de sus clientes, así como las razones por las que, a juicio del abogado, han impedido la obtención de un acuerdo en las negociaciones previas. Los abogados de las partes, además, deben ponerse de acuerdo sobre diversos aspectos relacionados con la mediación, desde el lugar en el que se realizará, duración máxima de la misma, documentos que se entregarán al mediador, etc.”⁷⁸³.

Bien, obviamente, para que el mediador pueda recomendar a su cliente la utilización de la mediación en primer lugar, será fundamental que conozca la misma, pero también lo será el conocimiento que tenga de los intereses reales de su cliente, de las posibles alternativas en caso de que no sea factible alcanzar un acuerdo o del posible resultado que se podrá obtener en caso de tener que ventilar el conflicto en los tribunales. Es conveniente acudir a la mediación siendo consciente de sus fortalezas y debilidades, habiendo efectuado una correcta evaluación del conflicto y de la adecuación del método elegido.

Por lo que respecta al rol que el abogado ha de desempeñar una vez iniciado el procedimiento de mediación, lo habitual será que el abogado acuda a la primera sesión informativa y asista a las sesiones de mediación, o bien no asista, dependiendo del carácter del conflicto y las necesidades de asesoría jurídica que se manifiesten.

En los conflictos con una fuerte carga emocional, es habitual que los abogados, una vez asesorados sus clientes al inicio del procedimiento, se mantengan al margen y no participen en las sesiones de mediación, manteniéndose disponibles para asesorar a sus clientes sobre todas aquellas dudas y cuestiones jurídicas que

⁷⁸² SOLETO MUÑOZ, H., La mediación conectada con los Tribunales, en “Mediación y resolución de conflictos...”, op. cit., pág. 265.

⁷⁸³ FAJARDO MARTOS, P., “La posición del abogado en el proceso de mediación”, op. cit., pág. 7.

podrían suscitarse durante el desarrollo de las mismas, así como antes de la firma del acta final y el acuerdo de mediación.

La presencia de los abogados en las sesiones de mediación no suele ser muy habitual en conflictos familiares, sin embargo sí es más frecuente que los mismos participen en mediaciones de carácter mercantil o empresarial, donde su papel puede ser más necesario por la propia naturaleza de las cuestiones sobre las que se está mediando.

En cuanto a la intervención concreta en las sesiones de mediación, es evidente que en la mediación el protagonista es el cliente, sin embargo, el reparto de papeles, información, participación en resumen de cliente y abogado va a depender de sus voluntades y estrategias.

En la citada Síntesis del *Grupo de Trabajo PNPM sobre Protocolos de Derivación a la Mediación*, “aunque son los abogados quienes afrontan la negociación directa con la parte contraria, la satisfacción del cliente en muchas ocasiones depende de hacerle partícipe de ese proceso negociador; se trata de dar protagonismo a quien es el protagonista del conflicto y, por lo tanto, también de la solución. El abogado ya no sustituye al cliente sino que, en ese proceso de búsqueda de las soluciones que mejor satisfagan a éste, actúa como Director de la escena. La suya es una tarea de asesoramiento más precisa y compleja, pues entran en juego conocimientos y competencias ajenas a lo jurídico, que no tienen cabida en el enfoque meramente jurisdiccional”⁷⁸⁴.

El abogado habrá de asesorar a su cliente cuando sea requerido para ello y habrá de intentar ayudar a éste a generar opciones creativas en la búsqueda del acuerdo que ponga fin al conflicto, pero siempre teniendo presentes los intereses y necesidades de su cliente. Creatividad y flexibilidad para adaptarse a las distintas situaciones o vicisitudes que se puedan ir dando durante la mediación, son cualidades importantes de las que ha de intentar hacer gala el abogado.

Igual actitud habrá de adoptar respecto del mediador, reconociéndole su papel como director del procedimiento de mediación.

⁷⁸⁴ Disponible en <http://www.mediacionesjusticia.com> (págs. 13-14).

Tal y como señala GALEOTE MUÑOZ, el abogado además puede ayudar al mediador y lo puede hacer desde dos planos fundamentales: en materia de comunicación y en el propio método. En materia de comunicación puede ayudar al mediador a “neutralizar las emociones de su cliente, explicándole cómo debe actuar. En muchas ocasiones el mediador no conoce a las partes, sobre todo en los primeros contactos que mantiene con ellas. En este sentido es muy útil que el letrado informe al mediador sobre la manera de ser y actuar de su cliente, ayudando a éste, incluso en el fragor de las intervenciones, para que no se deje arrastrar por una emocionalidad desbordada como ocurre en múltiples ocasiones (...)”⁷⁸⁵.

Bien, en este sentido, comparto con la citada autora la idea de que el abogado puede, en cierta medida, ayudar al mediador a conocer un poco mejor a su cliente e incluso ayudarlo en determinadas ocasiones a apaciguar los ánimos del mismo, pero éstas son funciones fundamentales del propio mediador, por lo que el abogado tampoco ha de condicionar en este sentido la labor profesional de éste, sino simplemente colaborar con él, que no hay que olvidar es el director del procedimiento de mediación.

En cuanto a la metodología, el abogado puede ayudar a “su cliente y al mediador a generar opciones creativas y posibles para el conflicto. El abogado debe ser el verdadero impulsor de que se pongan encima de la mesa todas las posibles soluciones al problema planteado”⁷⁸⁶.

Para FAJARDO MARTOS, durante la mediación “el abogado debe asistir al cliente durante el procedimiento, teniendo en cuenta la flexibilidad de éste, desde el asesoramiento y participación en el diseño de la estrategia de la parte hasta, si es necesario, la intervención en sesiones conjuntas y privadas, junto a su cliente o, incluso, a solas con el mediador. Esto supone que el abogado debe seguir la evolución del proceso, asegurándose en todo momento de que sus decisiones son compatibles con la debida protección de su posición legal y sus intereses. El abogado, además, debe estudiar la viabilidad jurídica de los posibles acuerdos que

⁷⁸⁵ GALEOTE MUÑOZ, M.P., “La mediación”, en HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coord.), *Sistemas de solución extrajurisdiccional de...*, op. cit., pág. 87.

⁷⁸⁶ *Ibíd.*, pág. 88.

puedan plantearse y asesorar a su cliente sobre la conveniencia o no de aceptarlos”⁷⁸⁷.

Este último punto, el de la viabilidad jurídica de los acuerdos es quizás aquél donde la labor del abogado en el procedimiento de mediación cobra una importancia crucial, y no puede ser sustituida por la habilidad del mediador.

Es cierto que es conveniente que el mediador disponga de conocimientos jurídicos, máxime cuando estamos hablando de mediación conectada con los tribunales, donde el asunto ya está judicializado y por tanto el posible acuerdo que se alcance en mediación va a surtir indefectiblemente efectos en el proceso judicial.

Los conocimientos jurídicos mínimos del mediador deberían alcanzar a la legalidad del acuerdo de mediación, es decir, si es de su conocimiento, no puede permitir que las partes alcancen acuerdo alguno que no sea viable jurídicamente, por lo que tratándose de mediación conectada con los tribunales, donde las partes normalmente dispondrán de la asistencia jurídica de sus respectivos abogados, el mediador habrá de velar en todo momento porque las partes se asesoren adecuadamente sobre aquellas cuestiones legales que tengan que resolver.

En este sentido, en el *Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, se afirma que “la formación del mediador se podrá adquirir en uno o varios cursos y deberá permitirle el dominio de las técnicas de la mediación y el desarrollo del procedimiento de acuerdo con los principios y garantías que establece la ley, en especial respecto a los asuntos que no puedan someterse a mediación...”.

En todo caso, la supervisión de la legalidad del acuerdo de mediación ha de corresponder principalmente a los abogados de las partes, de ahí la conveniencia de su participación, precisa en todo caso cuando haya que dar forma jurídica al acuerdo de mediación, si bien posteriormente el mediador habrá de verificar que dichos acuerdos se corresponden efectivamente con la voluntad manifestada por las partes.

⁷⁸⁷ FAJARDO MARTOS, P., “La posición del abogado en el proceso de mediación”, op. cit., pág. 8.

Tal y como pone de manifiesto ORTUÑO MUÑOZ, “finalizada la mediación con acuerdo, parcial o total, los abogados de las dos partes han de trabajar para la adecuación del mismo al instrumento legal que resulte más idóneo en aras a la efectividad de lo acordado, analizar las consecuencias jurídicas, fiscales, personales y de toda índole que resulten de la voluntad expresada por las partes y, en su caso, retomar la negociación para que se tomen en consideración aspectos omitidos”⁷⁸⁸.

En el mismo sentido, señala GALEOTE MUÑOZ que el abogado “ayudará a su cliente a cerrar un buen acuerdo y a formalizar el mismo ya desde un punto de vista jurídico. Quizá sea ésta la intervención más técnica que tiene el abogado en el proceso de mediación, puesto que son necesarios sus conocimientos para el buen cierre y articulación del acuerdo”⁷⁸⁹.

Y, por su parte, FAJARDO MARTOS incide en que “la redacción del acuerdo es claramente el momento de la mediación en el que la presencia de los abogados de las partes es esencial por razones técnicas. Los abogados deben velar por que la redacción del acuerdo se adecue con el resultado de la mediación, así como verificar el cumplimiento de los requisitos necesarios para dotarlo de ejecutabilidad en el caso necesario.

Según sea la complejidad del acuerdo, éste podrá llevar aparejado un calendario de ejecución, condiciones específicas de cumplimiento, establecer consecuencias para su incumplimiento, etc. La inclusión de cualquier cláusula en el acuerdo debe ser valorada por los abogados de las partes”⁷⁹⁰.

La labor del abogado puede no finalizar con la redacción del acuerdo y posterior solicitud de homologación del mismo ante el órgano judicial que esté conociendo del litigio (o de su elevación a escritura pública ante notario a fin de dotarle de eficacia ejecutiva, si se trata de una mediación extrajudicial), sino que puede ir más allá, como supervisando el efectivo cumplimiento del acuerdo pactado en mediación o incluso recomendando la vuelta a mediación en caso de que surja alguna diferencia o situación que dificulte la ejecución de lo acordado.

⁷⁸⁸ ORTUÑO MUÑOZ, P., “El papel del abogado en la mediación”, op. cit., pág. 33.

⁷⁸⁹ GALEOTE MUÑOZ, M.P., “La mediación”, en HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coord.), *Sistemas de solución extrajudicial de...*, op. cit., pág. 88.

⁷⁹⁰ FAJARDO MARTOS, P., “La posición del abogado en el proceso de mediación”, op. cit., pág. 8.

Por tanto, el papel del abogado es fundamental para el buen fin de la mediación. Es importante, además, que los abogados colaboren con los tribunales y los tribunales colaboren con los abogados, facilitándoles el acceso a la mediación.

Tal y como ponen de manifiesto ZAPATERO GÓMEZ, SÁEZ VALCÁRCEL y ORTUÑO MUÑOZ, “lo que la práctica en el Derecho comparado muestra, y las experiencias piloto realizadas corroboran de forma unánime, es que, para el éxito de la derivación a mediación, el tribunal ha de contar con la colaboración de los abogados. Si la propuesta del tribunal de derivar a la mediación se produce de forma sorpresiva para el letrado, es lógico que éste la perciba como una inmisión a su quehacer profesional. Es importante por ello evitar las quejas que pueden generarse en este sentido y procurar en todo momento la complicitad de los abogados con el tribunal, en el momento de proponer a sus clientes que acudan a un proceso de mediación. De alguna forma, mientras la abogacía no perciba que existen dos modelos metodológicos para intentar solucionar el litigio, uno el contencioso clásico, y el otro la mediación, y que sea él quien en cada caso aconseje al cliente, según las circunstancias del caso, las ventajas de uno y otro sistema, la mediación no se implantará. Como es obvio, el papel y la función del abogado ha de quedar definida por igual en uno y otro caso, su intervención como asesor y, especialmente, como redactor de los acuerdos o convenios, debe quedar salvaguardada y garantizada, así mismo, la remuneración de su trabajo”⁷⁹¹.

6.5 MEDIACIÓN Y OTROS OPERADORES JURÍDICOS

6.5.1 El Secretario Judicial y la mediación

Con respecto al resto de operadores jurídicos, se podría significar el papel que habrán de jugar los secretarios judiciales, sobre todo en la posible selección y derivación de los asuntos a mediación.

Tal y como se establece en el art. 456.3 c) LOPJ, cuando así lo prevean las leyes procesales los secretarios judiciales impulsarán el proceso y tendrán competencia entre otras materias en “conciliaciones, llevando a cabo la función mediadora que

⁷⁹¹ ZAPATERO GÓMEZ, J., SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. “Conclusiones”, en SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dirs.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos...*, op. cit., págs. 635-636.

les sea propia". Se atribuye, de esta forma, una labor al secretario Judicial, la función mediadora, que, sin embargo, no se dice en qué habrá de consistir o cómo habrá de desarrollarse. La función o labor "mediadora" que despliega el secretario judicial en la conciliación judicial aparece regulada en los arts. 460 y ss. de la LEC de 1881 y 68 y 84 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito procesal laboral, en el art. 460 de la LEC de 1881, relativo a la conciliación judicial civil, no se hace ninguna mención expresa a que la función mediadora sea propia del secretario judicial. Ello quizás pueda ser debido a razones técnicas, toda vez que en el orden civil la conciliación no sólo se atribuye al Secretario judicial, sino también a los Jueces de Paz.

Tal y como señalan SOLETO MUÑOZ y AVILÉS NAVARRO, "la propia dinámica del funcionamiento de los órganos judiciales dificultará que el secretario judicial tenga la posibilidad de desarrollar una sesión estructurada en la que realice una actividad mediadora, pero sí que es posible que en poco tiempo pueda ayudar a establecer un diálogo positivo entre las partes, que contribuya a garantizar el principio de agilidad procesal y evitar la judicialización de numerosos conflictos que no precisarían de esta vía de resolución"⁷⁹².

En el mismo sentido, PÉREZ PUERTO apunta que "ni en las leyes procesales, ni en el *Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales*, se regula el ejercicio específico de la función mediadora del secretario, ni siquiera la menciona éste en su texto, ni en su preámbulo, aunque es posterior a la reforma de la LOPJ practicada por LO 19/2003, que introdujo dicha función. Ninguna norma, pues, establece de qué modo se conducirán los secretarios, en el ejercicio de la "labor mediadora que les sea propia",⁷⁹³.

El secretario judicial no está formado hoy en día para ejercer como mediador, sin embargo, sí que puede realizar una labor fundamental para contribuir a la

⁷⁹² SOLETO MUÑOZ, H. y AVILÉS NAVARRO, M., "La conciliación de los Secretarios Judiciales", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 473.

⁷⁹³ PÉREZ PUERTO, A., "Mediación civil y familiar en Cataluña (y IV). Fuentes, legislación y bibliografía", *Noticias Jurídicas*, julio 2010, disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201007-12302893666.html>

implementación e impulso de la mediación: el secretario judicial es el operador jurídico que mejor puede controlar la derivación a mediación.

Es el encargado de la admisión a trámite de la demanda y, por tanto, la primera persona que va a tener contacto con el conflicto, una vez éste ya entra en el Juzgado, produciéndose su judicialización, y su competencia de organización de la oficina judicial puede ser un pilar básico en la organización de programas multipuertas en los tribunales.

En la síntesis del *Grupo de Trabajo PNPM sobre Protocolos de Derivación a la Mediación* se apunta que “el modo en que la mediación sea tramitada desde el órgano judicial constituye materia afecta a la dación de cuenta y el impulso procesal. A su vez, el concreto modo en que la misma se lleve a efecto corresponde al ámbito inherente a la Oficina Judicial y a la función directiva que sobre la misma tiene legalmente atribuida el secretario judicial, sin olvidar que, a su vez, concurren cuestiones afectas al ámbito procesal igualmente competencia de aquél, sin perjuicio de los supuestos afectos a la función jurisdiccional (ex art. 456 Ley Orgánica del Poder Judicial).

La debida homogeneización de procedimientos, atribución de roles, perfiles y competencias corresponde, por un lado, al secretario judicial responsable de la oficina judicial concreta y, en su caso, secretario judicial del Decanato o, en el caso de partidos sometidos al organigrama de la nueva Oficina Judicial, a los diferentes secretarios judiciales responsables de los diversos Servicios Comunes.

En ambos casos, la iniciativa, propuesta y aplicación de los correspondientes Protocolos corresponde, ex art. 18 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, al Secretario Coordinador Provincial y a través de la Instrucción, al Secretario de Gobierno, conforme al art. 16 de dicho Reglamento. Tal cuestión se considera de relieve pues garantiza la debida uniformidad y homogeneidad de la respuesta procedimental por el órgano u órganos. Resulta, pues, necesario establecer unos Protocolos que contengan los distintos hitos y apartados clave de dicho proceso: qué se deriva a mediación, quién, cuándo y de qué modo, así como qué actos debe realizar, y modo, el órgano judicial. Igualmente

será necesario acometer la debida relación mediación-proceso-oficina judicial-medios electrónicos al servicio del órgano”⁷⁹⁴.

Resulta evidente, tras las reformas legislativas operadas últimamente, el protagonismo del secretario judicial en el proceso. Tal y como se establece en los arts. 404 y 440 LEC, para el juicio ordinario y juicio verbal respectivamente, el secretario judicial, examinada la demanda, dictará decreto admitiendo la misma y dará traslado de ella al demandado para que la conteste en el plazo de veinte días, en el caso del juicio ordinario, o señalando día para la celebración de la oportuna vista en el caso del juicio verbal. Sólo en el caso de que la demanda adolezca de algún defecto formal o se suscite alguna cuestión de falta de jurisdicción o competencia del tribunal, vendrá el secretario obligado a dar cuenta al juez para que resuelva sobre su admisión o no, pero en caso contrario siempre será el secretario el encargado de admitir a trámite la misma, dándose en la práctica con frecuencia la circunstancia de que el juez no tiene contacto directo con el litigio hasta la celebración de la audiencia previa en el juicio ordinario o de la vista en el juicio verbal.

En consecuencia, ya que se le ha atribuido una función conciliadora y mediadora, podría ser la figura adecuada para seleccionar cuáles de los asuntos que entran en el juzgado podrían ser susceptibles de ser derivados a mediación. Para ello, sería conveniente que los secretarios recibiesen formación en mediación a fin de poder hacer una adecuada selección y derivación de los casos. Actualmente son muchos los cursos en técnicas y herramientas de mediación, y conciliación, organizados por el Centro de Estudios Jurídicos, y muchos los secretarios judiciales que están realizando dichos cursos, por lo que existe un interés evidente en dicho colectivo en conocer en mayor profundidad la mediación.

Entiendo que lo ideal sería una labor conjunta de secretario judicial y juez en orden a la derivación a mediación de los asuntos que entiendan más adecuados. El secretario haría una primera selección, toda vez que es el primero que va a ver la demanda y, en función de las circunstancias puestas de manifiesto en la misma,

⁷⁹⁴ <http://www.mediacionesjusticia.com> (págs. 14-15).

podría comentar y consensuar con el juez la posibilidad de remitir o derivar el asunto a mediación.

En un momento posterior, una vez contestada la demanda en el caso del procedimiento ordinario, o en la citación para la vista del juicio verbal, será igualmente el secretario judicial quien habrá de realizar la citación de las partes a dichos señalamientos y en la misma cédula de citación habrá de hacer saber a las partes la posibilidad que tienen de recurrir a la mediación para intentar resolver el asunto a través de un acuerdo que ponga fin al litigio.

Éste puede ser un momento perfecto para que el secretario judicial intente transmitir a las partes las ventajas de la mediación pero para la solución de su conflicto en particular, es decir el secretario no debe limitarse a hacer saber a las partes tal posibilidad en abstracto, sino que habría de intentar explicarles por qué entiende que dicho asunto puede obtener una mejor solución en mediación, es decir una solución obtenida por ellas mismas, que la eventualmente puedan conseguir de continuar adelante con el proceso judicial, recomendando a las partes que acudan a una sesión informativa a fin de obtener con mayor exactitud los detalles que necesiten para llegar a dicha convicción, haciéndoles saber igualmente que ello no implica la suspensión del curso del proceso judicial, salvo que ellas mismas lo soliciten una vez hayan acudido a dicha sesión informativa.

Será también tarea del secretario judicial elaborar la estadística semestral para el CGPJ sobre los asuntos que se ha derivado a mediación, así como los que han finalizado con acuerdo.

El importante papel que puede desempeñar el secretario judicial en la mediación puede incrementarse en el marco de la nueva Oficina judicial, calificada como nueva en la *Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, que sin embargo a día de hoy aún se encuentra pendiente de implantación y desarrollo en muchos lugares del territorio nacional.

En el art. 436.2 de la citada Ley se acuerda establecer dos tipos de unidades que van a componer la estructura de la nueva Oficina judicial, por un lado las *unidades procesales de apoyo directo* y, por otro, los *servicios comunes procesales*, reseñando

que la actividad principal de estas unidades vendrá determinada por la aplicación de normas procesales. Igualmente en el apartado 3 del mismo artículo se establece que “el diseño de la Oficina judicial será flexible. Su dimensión y organización se determinarán por la Administración pública competente, en función de la actividad que en la misma se desarrolle”.

Las *unidades de apoyo directo* tienen como función asistir directamente a los jueces y magistrados en el ejercicio de las funciones que le son propias (art. 437.1) y, por su parte, los *servicios comunes procesales* son aquellos que, sin encontrarse integrados en un órgano judicial concreto, van a asumir labores centralizadas de gestión y apoyo en actuaciones derivadas de la aplicación de las leyes procesales, prestando apoyo a varios órganos judiciales (art. 438.1).

En el art. 438.3 de la Ley se establece la posibilidad de que el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas puedan crear y organizar *servicios comunes procesales* con funciones de registro y reparto, actos de comunicación, auxilio judicial, ejecución de resoluciones judiciales y jurisdicción voluntaria; además se establece la posibilidad de que se puedan crear servicios comunes de conformidad con las necesidades específicas y otros que asuman la ordenación del procedimiento u otras funciones distintas, siendo preciso en este caso el informe favorable del CGPJ.

Tal y como señala GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, “se trata de residenciar en estos servicios las funciones judiciales de carácter procedimental que quedan fuera de lo estrictamente jurisdiccional. El Ministerio de Justicia se ha pronunciado a favor de impulsar su creación acogiendo a la habilitación legal del art. 438.3.2, en el entendimiento de que ello contribuirá a la consecución de una oficina judicial más ágil, eficaz y eficiente y a un mejor aprovechamiento de los recursos humanos, a fin de poder ofrecer el mejor servicio a los ciudadanos”⁷⁹⁵.

Con base precisamente en este artículo se podrían perfectamente crear *servicios comunes procesales de mediación*, que se encargaría de organizar y gestionar todos los asuntos que se deriven a mediación desde los distintos órganos judiciales. Al

⁷⁹⁵ GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, R., “Estructura y organización de la nueva oficina judicial”, *Diario La Ley*, Nº 7016, 19 septiembre 2008, Año XXIX, pág. 9.

frente de cada *servicio común procesal*, constituido en el seno de la Oficina judicial, habrá de figurar un secretario judicial, tal y como se establece en el art. 438. 5 de la Ley, de quien dependerán funcionalmente el resto de secretarios judiciales y el personal destinado en los puestos de trabajo en que se ordene el servicio de que se trate.

De hecho, recientemente, en Murcia se ha puesto en marcha la UNIM, Unidad de Mediación Intrajudicial. Es un proyecto que aprovecha la estructura de la Oficina judicial, ya implantada en ese lugar y el respaldo del TSJ de esa comunidad, así como de otras autoridades jurídicas. Tal y como expuso su Decano, la finalidad del mencionado proyecto es que “el ciudadano advierta que la mediación es otro elemento que se encuentra en los catálogos de servicios cuando accedes a la justicia. Es fundamental que se vea que los poderes públicos apoyan a la mediación”. Esta Unidad de Mediación Intrajudicial se estructura desde un Comité Científico y un equipo de mediadores propios formado por un Secretario judicial y tres funcionarios⁷⁹⁶.

Es evidente la importancia que la nueva Ley ha otorgado a la figura del secretario judicial atribuyéndole nuevas funciones tanto en el ámbito técnico procesal, como en el de gestión. La ley le sitúa al frente de los *servicios comunes procesales*, por lo que sería él y no el Juez, el profesional encargado de la organización y gestión de la mediación, en el caso de que finalmente se optase por crear un *servicio común procesal* específico para la mediación intrajudicial o conectada con los tribunales⁷⁹⁷.

Entiendo que el papel que el secretario judicial no ha de ser en ningún caso el de mediador, pero sí que puede desempeñar un importantísimo papel dentro de la misma, tanto figurando al frente de estos *servicios comunes procesales* si finalmente llegaran a crearse, como desde sus respectivos juzgados seleccionando aquellos casos que entiendan son susceptibles de ser derivados a mediación, dando la información oportuna a las partes sobre la misma, explicándoles el trámite a seguir

⁷⁹⁶ <http://mediacionesjusticia.com/category/pnpm>.

⁷⁹⁷ “El secretario judicial ante la mediación penal”, CARCELLER FABREGAT, F., <http://www.upsj.org/documentos.item.98/secretario-judicial-ante-la-mediaci%C3%B3n-penal.html>

y a dónde pueden dirigirse a fin de recibir la oportuna sesión informativa por parte de mediadores profesionales, así como las posibles consecuencias de la mediación dentro del proceso judicial en caso de que se decidan a acometer la misma. Si las partes decidiesen acudir a mediación y solicitasen del tribunal la suspensión del proceso judicial iniciado, será igualmente el secretario judicial quien mediante decreto habrá de acordar la misma.

6.5.2 El Ministerio Fiscal en la mediación

Por lo que respecta al papel del Ministerio Fiscal en la mediación civil y mercantil, se encuentra bastante limitado, circunscribiéndose a aquellos asuntos de familia donde su intervención sea preceptiva al ventilarse derechos de carácter no dispositivo para las partes, es decir en aquellos procesos que versen sobre estado civil, filiación, capacidad o cuando haya menores, incapaces o ausentes a los que pueda afectar lo discutido en dichos procesos (art. 749 LEC).

Para MARTÍN DIZ, el Ministerio Fiscal “en el escenario actual de la mediación familiar, debería intervenir inexorablemente en las mediaciones en que el interés o los derechos de algún menor, incapaz o desvalido (término expresamente utilizado en el art. 3.7 EOMF y que bien pudiera a día de hoy aplicarse a las personas en situación de dependencia, por ejemplo mayores al cuidado de sus hijos) se vea directa o indirectamente afectado por el acuerdo que resuelva el conflicto sometido a mediación (situación harto frecuente en materias típicas de la mediación familiar como pueden ser las vinculadas a crisis matrimoniales, derechos de visita de hijos menores, etc.).

En todo caso, cuando se trate de estos asuntos, será preciso que se le informe del resultado de la mediación y conozca el acuerdo final respecto de los elementos que tengan incidencia en los citados colectivos en cuanto defensor del interés público o social”⁷⁹⁸.

El Ministerio Fiscal también habrá de analizar y aprobar, en su caso, el posible acuerdo de mediación alcanzado por las partes, que a su vez habrá sido incorporado al oportuno convenio regulador, a fin de comprobar que ninguno de

⁷⁹⁸ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit., pág. 214.

los pactos alcanzados vulnera en forma alguna los derechos e intereses de los menores.

7.- LA DERIVACIÓN A MEDIACIÓN

Tal y como señala SOLETO MUÑOZ “de la forma de la derivación dependerá el éxito de los procedimientos de mediación iniciados, fin principal de la derivación: si la mediación es utilizada para obtener resultados más satisfactorios para las partes, por una parte, y para descongestionar los tribunales, por otra, buscando en resumen eficacia, la derivación habrá de obtener resultados en el sentido de que no podrá suponer un exceso de trabajo para el tribunal y de que se conseguirá que las partes estén satisfechas con el procedimiento”⁷⁹⁹.

Mucho se hablado y discutido sobre cuestiones fundamentales que tienen que ver con la derivación a mediación por parte de los tribunales. Cuestiones como si el juez puede derivar a las partes de forma obligatoria a mediación o la asistencia de éstas ha de ser siempre y en todo caso voluntaria, la selección de los asuntos adecuados para enviar a mediación, la forma de remisión de dichos asuntos o el momento procesal oportuno para hacerlo, hacen que, como señala la citada autora, la derivación se configure como elemento clave para el éxito de la mediación conectada con los tribunales.

7.1 OBLIGATORIEDAD O VOLUNTARIEDAD DE LA MEDIACIÓN

La voluntariedad se configura como un elemento esencial y definitorio de la mediación, sin embargo, existe un encendido debate sobre la posibilidad de hacer obligatorio el intento de mediación –entendido como obligación de asistir a la sesión informativa– en determinados supuestos.

La introducción del sistema “*multi-door*”, como consecuencia de la Pound Conference, sin duda, marcó el comienzo de una nueva era de la resolución de conflictos en Estados Unidos y dio lugar a una mayor participación y a un cambio de mentalidad radical de los tribunales en la forma de administrar justicia. Se comenzaron a crear programas de ADR conectados con los tribunales y a legislar

⁷⁹⁹ SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación conectada con los Tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos*, op. cit., pág. 395.

con el fin de dar cobertura legal a dichos programas y fomentar su utilización⁸⁰⁰.

La utilización de estos nuevos métodos de gestión de conflictos en el ámbito de los tribunales, en particular de la mediación, cada vez con mayor frecuencia, comenzó a plantear la cuestión de si éstos deberían obligar a las partes a intentar la misma, especialmente en aquellas jurisdicciones dónde todavía no era muy conocida. En tal sentido, surgieron defensores y detractores de tal posibilidad. La mediación en la actualidad se ha convertido en una vía cada vez más utilizada como complemento al proceso judicial clásico, pero incorporada al propio sistema de justicia americano.

En Estados Unidos, la mediación tiene carácter obligatorio en determinados supuestos. Por ejemplo, en Florida, el tribunal puede acordar remitir a las partes a mediación en casos de responsabilidad parental, atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal o cuestiones de régimen de visitas, y en Texas, el tribunal podrá remitir de oficio el asunto a mediación cuando se trate de cuestiones que afecten a las relaciones entre padres e hijos⁸⁰¹.

Florida es uno de los Estados de Estados Unidos que se encuentra a la vanguardia en programas de mediación conectados con los tribunales, cada año son derivados más de 100.000 casos a mediación y los jueces pueden hacerlo de forma obligatoria atendiendo a la naturaleza del asunto, o bien porque entiendan que dicha derivación pueda ser beneficiosa para las partes o para el propio tribunal⁸⁰².

Otros países como Argentina, ya hace algún tiempo que tienen instaurada la mediación con carácter obligatorio en algunas provincias. Por ejemplo, la Ley 13951 de la provincia de Buenos Aires, publicada en el B.O. de 10 de febrero de 2009, en su art. 2 establece “con carácter obligatorio la Mediación previa a todo juicio, con las exclusiones efectuadas en el artículo 4”. Sorprendentemente, entre dichas exclusiones se encuentran algunas materias que a priori pueden parecer más adecuadas para la mediación, como “las acciones de separación personal y divorcio, nulidad del matrimonio, filiación y patria potestad, alimentos guardas y

⁸⁰⁰ Vid. WARD, E., “Mandatory Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the United States Federal Courts: Panacea or Pandemic?”, *St. John’s Law Review*, Vol. 81:77, 2007, pág. 77.

⁸⁰¹ Vid. QUEK, D., “Mandatory Mediation: An Oxymoron?...”, op. cit., pág. 481.

⁸⁰² *Ibíd.*, pág. 505.

adopciones”, “juicios sucesorios y voluntarios”, o los “concursos preventivos y quiebras”. En el art. 5 de la citada ley se establece que “en los procesos de ejecución y en los juicios seguidos por desalojo, la Mediación Previa Obligatoria será optativa para el reclamante, quedando obligado el requerido en dicho supuesto a ocurrir a tal instancia”⁸⁰³.

Por lo que respecta a la opción de otorgar al juez que esté conociendo de un proceso judicial la facultad de derivar obligatoriamente a las partes del mismo a una sesión informativa de mediación, es decir a la obligatoriedad de la mediación en supuestos de mediación intrajudicial o conectada con los tribunales, el panorama internacional ofrece algunos ejemplos.

Así, en Israel la mediación fue formalmente institucionalizada en 1992, con la modificación de la Ley de Tribunales de 1984. La referida modificación confirió autoridad a los tribunales para derivar asuntos civiles tanto a mediación, como a arbitraje, si bien era necesario el consentimiento de las partes. Posteriormente, se estableció un programa piloto de mediación obligatoria en marzo de 2008 que ha supuesto un importante cambio en la implementación y desarrollo de la mediación en dicho país⁸⁰⁴.

En Canadá, se inició en Ontario un programa diseñado para ayudar a las partes inmersas en litigios civiles a intentar resolverlos, al inicio del proceso judicial, a través de la mediación a fin de ahorrar tiempo y costes económicos. Dicho programa después se aplicó en Toronto, Ottawa y Windsor, para ciertas acciones civiles recogidas en la *Rule 24* y en la *Rule 75.1* de las *Rules of Civil Procedure*⁸⁰⁵.

En China, desde junio de 2008, se vienen realizando programas de mediación obligatoria en los tribunales de distintas provincias y ciudades de Guangdong,

⁸⁰³ Vid. <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13951.html>. Tal y como señala BENVENUTO VIGNOLA, antes de la citada Ley 13951, ya había otros precedentes legislativos en el país que establecían la obligatoriedad de la mediación, como “los casos de la Ciudad de Buenos Aires (Capital Federal), Córdoba, Corrientes, Río Negro, San Juan, Mendoza, entre otras”. BENVENUTO VIGNOLA, L.D. “La mediación civil y comercial obligatoria”, disponible en: <http://prensamarplatense/2012/05/20/la-mediacion-civil-y-comercial-obligatoria>.

⁸⁰⁴ Vid. CUTOLO, D. y SHALABY, M.A., “Mandatory Mediation and the Right to Court Proceedings”, en *Dispute Resolution International*, Vol. 4, N° 1, May 2010, pág. 143.

⁸⁰⁵ Ibid.

Fujian, Yunnan, Hebei, Gansu, Chongqing y Shanghai⁸⁰⁶.

En algunos Estados del sur de Australia, como Victoria y Nueva Gales del Sur, los tribunales se encuentran facultados para remitir a las partes obligatoriamente a mediación, con o sin su consentimiento⁸⁰⁷.

En Europa la situación es variada: así, en Inglaterra, después de las reformas introducidas en 1999 por Lord Woolf, por las que se establecía el deber de los tribunales de alentar a las partes a utilizar los ADR, se produjo un incremento espectacular del número de asuntos remitidos a dichos mecanismos. Dicha reforma provocó también que, en poco tiempo, todos los miembros de profesiones legales que llevaban a cabo litigios ante los tribunales, comenzasen a asesorar adecuadamente a sus clientes sobre dichos mecanismos y a examinar con ellos cuál era la vía más idónea para la gestión y resolución de su conflicto. La iniciativa inglesa ha sido criticada por parte de la doctrina, pues no debería establecerse una presunción a favor de la mediación como método prioritario o principal de solución de conflictos⁸⁰⁸.

En la Directiva 2008/52/CE se configura la voluntariedad como uno de los elementos definitorios de la mediación, siendo parte esencial del propio concepto de la institución, sin embargo en el Considerando (13), aunque se incide en la voluntariedad, se establecen determinados matices: “La mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento. No obstante, el Derecho nacional debe dar a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de establecer límites temporales al procedimiento de mediación; por otra parte, también deben poder señalar a las partes la posibilidad de la mediación, cuando resulte oportuno”. E, igualmente, en el Considerando (14) se establece: “Nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las

⁸⁰⁶ Ibid.

⁸⁰⁷ Vid. QUEK, D., “Mandatory Mediation: An Oxymoron?..., op. cit. pág. 490.

⁸⁰⁸ Vid. MACKIE, K., MILES, D., MARSH, W. y ALLEN, T., *The ADR Practice Guide. Commercial Dispute Resolution*, Tottel Publishing, London, 2007, págs. 75-78.

partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial (..)”.

Parece, pues, el legislador comunitario enviar una serie de señales a los Estados miembros en el sentido de darles libertad a la hora de implementar la obligatoriedad de la mediación cuando lo estimen oportuno, es más, parece incitarles a hacerlo.

Tal y como destaca SOLETO MUÑOZ, “en general, en los países de Europa se fomenta el uso de la mediación en el ámbito familiar, y en algunos países el Tribunal puede derivar obligatoriamente a las partes a una primera sesión de mediación, como puede ser en Finlandia, Malta, República Checa y algunos *Landers* alemanes”⁸⁰⁹.

En Italia, el D. Lgs. 28/2010, de 4 de marzo, regulaba la mediación con carácter obligatorio en una serie de materias establecidas en el art. 5.1 (vecindad, derechos reales, división, sucesiones hereditarias, pactos de familia, arrendamientos, comodato, alquiler de oficinas, resarcimiento de daños derivados de la circulación de vehículos y barcos, responsabilidad médica, difamación por medio de prensa u otro medio de publicidad, contratos de seguros, bancarios y financieros). La *Corte Costituzionale* (sentenza n. 272/2012) italiana declaró inconstitucional el citado precepto, pero no por el hecho de que se declarase la obligatoriedad del intento de mediación, sino porque entendió que había existido un exceso legislativo al regularse dicha cuestión. Recientemente, tras la publicación en la *Gazzeta Ufficiale* de la Ley n. 98, de 9 de agosto de 2013, que recoge las modificaciones introducidas por el D. Lgs. 59/2013, la mediación vuelve a ser obligatoria para una serie específica de materias, si bien se establece un período de obligatoriedad de cuatro años, habiendo de realizarse por parte del Ministerio de Justicia, al final de los dos primeros años, un análisis o balance del resultado ofrecido durante este período a fin de examinar los posibles problemas que hayan podido surgir durante el mismo. Tras la reforma operada por el citado D. Lgs. 59/2013, el intento de mediación obligatoria se configura como requisito previo de procedibilidad para los casos de condominios, derechos reales, división, sucesiones hereditarias, pactos de familia, arrendamientos, comodato, alquiler de oficinas, resarcimiento de daños derivados

⁸⁰⁹ SOLETO MUÑOZ H., “La mediación conectada con los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos*, 2ª ed., op. cit., pág. 393.

de responsabilidad médica y sanitaria, difamación por medio de prensa u otro medio de publicidad, contratos de seguros, bancarios y financieros⁸¹⁰.

Nuestro legislador, al trasponer la Directiva, ha optado por un modelo de mediación totalmente voluntaria, a diferencia de lo previsto en el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2011, donde se establecía como requisito de procedibilidad el intento de mediación para reclamaciones de cantidad de cuantía inferior a 6000 euros, como ya se comentó en este trabajo.

Sin embargo, y por lo que respecta a la mediación conectada con los tribunales, hay varios mecanismos en la Ley que apoyan el uso de la mediación. Así, por ejemplo, tanto en el procedimiento ordinario como en el juicio verbal, el tribunal ha de hacer saber a las partes la posibilidad que tienen de zanjar su disputa por medio de un acuerdo que ponga fin a la misma y que para ello pueden acudir a mediación, y las partes tendrán que explicar al juez, si deciden no hacerlo, los motivos de dicha decisión: Respecto del procedimiento ordinario, se establece en la Disposición final tercera la modificación del art. 414.1: “En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma”.

Por lo que respecta al juicio verbal, se acuerda la modificación del art. 440.1 en el mismo sentido: “El secretario judicial, examinada la demanda, la admitirá o dará cuenta de ella al tribunal para que resuelva lo que proceda conforme a lo previsto en el artículo 404. Admitida la demanda, el secretario judicial citará a las partes para la celebración de vista en el día y hora que a tal efecto señale, debiendo mediar diez días, al menos, desde el siguiente a la citación y sin que puedan exceder de veinte. En la citación se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al

⁸¹⁰ Vid. MORELLO, L., “Parte la mediazione obbligatoria. Vediamo nel dettaglio come”. <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/civile/civile/primiPiani/2013/09>. Vid. MARINARO, M., “La doppia obbligatorietà della mediazione. In vigore dal 21 settembre 2013”. <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidAlDiritto/civile/civile/primiPiani/2013/09>.

respecto y las razones de la misma”.

Después de este primer intento por parte del tribunal de incitar a las partes a acudir a mediación, en el acto de la celebración de la vista, tanto del procedimiento ordinario como del juicio verbal, el juez puede por segunda vez invitar a las partes a hacerlo, y en este caso puede “instarlas” a que acudan a una sesión informativa⁸¹¹.

La utilización del verbo “instar” parece conferir al juez la posibilidad de poder obligar a las partes a acudir a esa sesión informativa, o al menos ejercer mayor presión sobre las mismas para que lo hagan.

Otras de los instrumentos para fomentar que las partes acudan a la mediación la encontramos en el art. 17.1 de la Ley 5/2012, cuando se señala que “la información de qué parte o partes no acudieron a la sesión informativa no será confidencial”, dando a entender que si el juez acuerda derivar a las partes a una sesión informativa de mediación y alguna de las partes decide no acudir, se podría tener en cuenta a efectos de una ulterior condena en costas por mala fe procesal, si bien, obviamente, tal extremo quedaría siempre a criterio del propio juez.

Y también cabe la posibilidad de que el juez pueda poner fin al proceso judicial iniciado si estima la declinatoria interpuesta por la demandada en caso de que exista una cláusula previa de sumisión a mediación, en cuyo caso sí que el intento de mediación se configura con carácter obligatorio, e incluso se otorga carácter de mala fe a efectos de condena en costas en relación con el desistimiento tras el intento de mediación⁸¹²

En la citada *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* del CGPJ, respecto de la voluntariedad se establece que la mediación es “un proceso voluntario, tanto en

⁸¹¹ Art. 414.1: “(...) En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa”. Art. 443.3: “(...) En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso, a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación o arbitraje”.

⁸¹² Vid. SOLETO MUÑOZ, H., “Mediación conectada con los Tribunales”, en SOLETO MUÑOZ (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., págs. 390-391.

la decisión de inicio como en su desarrollo y en su finalización, pudiendo ser desistido por las partes implicadas en cualquier momento.

Este principio de voluntariedad, sin embargo, no es incompatible con la obligatoriedad de asistencia a una primera sesión informativa en la que se explicará a las partes en conflicto, así como a sus letrados, la finalidad y contenido del proceso de mediación.

La falta de asistencia a la sesión informativa indicada desde el Tribunal se puede considerar como una conducta contraria a la buena fe procesal. El mediador debe indicar al órgano judicial derivador qué parte o partes no asistieron a la sesión informativa (esta información no es confidencial).

Tras la información que el mediador proporciona, las partes son libres de aceptar o rechazar el proceso de mediación como método para la gestión, transformación y solución de su conflicto. De la decisión informada que adopten, ni de los motivos que la sustenten, no se informará al Tribunal (...)”⁸¹³.

Como se puede apreciar, en este trabajo auspiciado por el CGPJ, se considera que el principio de voluntariedad de la mediación no es incompatible con la obligatoriedad de la asistencia a una primera sesión informativa.

Pero no es sólo el CGPJ, ya antes en algunas leyes autonómicas de mediación se había reflejado que la posibilidad de obligar a las partes a asistir a una sesión informativa no vulnera la voluntariedad de la mediación. Así, por ejemplo, en la *Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado* de la Comunidad Autónoma de Cataluña, en su preámbulo se señala que “la voluntariedad del sistema para las partes no es un obstáculo para que la presente ley establezca el derecho de éstas y la obligación consiguiente de asistir a una sesión informativa que acuerde el órgano jurisdiccional competente”, y en el art. 11.4 se dispone que “en los términos que establece la legislación procesal, cuando el proceso judicial ya se ha iniciado, la autoridad judicial puede disponer que las partes asistan a una sesión a una sesión informativa sobre la mediación si las circunstancias del caso lo hacen aconsejable. El órgano público correspondiente

⁸¹³http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Protocolos, págs. 9-10.

facilita la sesión informativa y vela, si procede, por el desarrollo adecuado de la mediación”.

En el ámbito de la mediación familiar, cuando existen hijos menores de edad cuyos derechos e intereses se pueden ver comprometidos por el proceso de ruptura matrimonial de sus progenitores, la posibilidad de obligar a los padres a acudir a una sesión informativa es casi una necesidad y, tal y como señala SOLETO MUÑOZ, “esta posibilidad es de muy fácil aplicación en nuestro sistema, es decir, establecer la obligatoriedad del intento de mediación en los procesos contenciosos de familia que afecten a menores de edad es perfectamente defendible jurídicamente e incluso constitucionalmente, ya que el principio de interés del menor expresado en nuestra norma constitucional y en el artículo 158 del Código Civil justifican completamente la exigencia procedimental”⁸¹⁴.

Para ORTUÑO MUÑOZ, “uno de los instrumentos básicos de la mediación intrajudicial es la sesión informativa previa. Los sistemas en los que la mediación está funcionando mejor son, precisamente, aquellos en los que este instrumento de derivación hacia la mediación es obligatorio y de gran calidad técnica y profesional. Ambas cosas de forma coincidente. La obligatoriedad de asistir a una sesión informativa no afecta al principio de la voluntariedad, pues ésta se predica del propio proceso, del que la sesión es un acto previo, y del propio acuerdo, aun cuando los detractores amplían, sin razonamiento alguno que sea atendible, sus efectos a este momento inicial”⁸¹⁵.

Obviamente, la obligatoriedad de la mediación ha de quedarse en la asistencia a la sesión informativa, en ningún caso puede ir más allá. En la línea apuntada anteriormente tanto por los citados autores, como por el CGPJ y la legislación catalana sobre mediación, entiendo que no se vulnera derecho alguno por obligar a las partes a acudir a una sesión informativa, en ningún caso se les está vetando su derecho de acceso a los tribunales, toda vez que tienen libertad para iniciar o continuar el proceso judicial o el método de solución de conflictos que deseen, una

⁸¹⁴ SOLETO MUÑOZ H., “La mediación conectada con los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos*, 2ª ed., op. cit., pág. 394.

⁸¹⁵ ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación intrajudicial”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dir.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco...*, op. cit. pág. 136.

vez hayan acudido a dicha sesión informativa..

Evidentemente, hay más posibilidades de que las partes alcancen algún tipo de acuerdo si acuden a la mediación de forma voluntaria, pero para ello han de conocerla y saber a qué tipo de procedimiento se enfrentan, por lo que de inicio tiene que haber una voluntad, por mínima que sea, de querer dialogar y de intentar llegar a un acuerdo.

El principal obstáculo, pues, es que la obligatoriedad de la mediación pueda incidir de alguna forma sobre la autodeterminación de las partes, lo que socava la esencia misma de la mediación. La coerción parece incompatible con los propios principios de la mediación, obligar a las partes a iniciar la mediación puede llevarles también sentirse coaccionados para concluir la misma, lo que puede conducir a resultados injustos.

Parece totalmente antagónico hablar de los términos “mediación” y “obligatoriedad”. Como se ha venido comentando, una de las notas básicas de la mediación reside en la voluntariedad y su falta de formalidad, y su fortaleza en el énfasis que pone en la autodeterminación de las partes, promoviendo la colaboración y la creatividad en la resolución de las controversias a la vez que se abordan los intereses subyacentes de las partes.

Los intentos de imponer un proceso formal y de carácter no voluntario para las partes pueden minar potencialmente la razón de ser de la mediación. Por tanto, a la vista de este peligro, deben existir razones de peso para introducir la mediación obligatoria.

Al hablar de mediación obligatoria, como he apuntado anteriormente, podemos hacerlo desde dos enfoques diferentes. El primero de ellos es cuando son las propias leyes las que establecen que determinados tipos de conflictos han de someterse necesariamente a mediación, como la Ley italiana o la argentina. Mientras que el segundo de los enfoques hace referencia a la posibilidad que tienen los jueces de derivar los procedimientos que consideren oportuno a algún método ADR de los que pueden disponer en la propia sede del tribunal, como sucede en Estados Unidos y otros países.

Ya hemos visto que la legislación estatal española no ha contemplado la obligatoriedad de la mediación, sin embargo parece haberse dejado una puerta abierta para que los tribunales puedan derivar a las partes a una sesión informativa de mediación, sin que ello implique vulneración alguna de sus derechos.

La mediación familiar que se viene practicando en las distintas Comunidades Autónomas que tienen regulada legalmente la misma, así como los programas piloto desarrollados en el ámbito civil o mercantil, han dado buenos resultados, pero la cuestión es si son suficientes como para proclamar que la mediación ha de instaurarse con carácter obligatorio.

Las partes, normalmente acuden a mediación por la oportunidad que se les brinda de participar activamente en el proceso, de gestionar su conflicto y poder contribuir en la determinación del resultado de la controversia. Estos beneficios para las partes son indudables, ahora bien, nuevamente, la cuestión a plantear es si son suficientes en todo caso como para establecer la obligatoriedad de la mediación.

A día de hoy, la mediación se encuentra claramente infrautilizada. Las partes y los abogados están acostumbrados a acudir al tribunal como única vía para resolver las disputas. En otras ocasiones, es el mero desconocimiento de su existencia o la desconfianza en algo novedoso que no se sabe muy bien qué garantías ofrece.

La realidad está demostrando que si la mediación se ofrece como un recurso voluntario, las partes no acuden a él⁸¹⁶.

En Inglaterra, por ejemplo, cuando se comenzó a instaurar la mediación con

⁸¹⁶ En este sentido, y refiriéndose expresamente a la mediación familiar, ZAPATERO GÓMEZ, SÁEZ VARCÁLCEL y ORTUÑO MUÑOZ, señalan que “una importante conclusión extraída de la práctica, es que la previsión en que se sustenta la Ley 15/2005, es decir que la solicitud de suspensión del proceso para acudir a mediación, pueda surgir de las propias partes, no obedece a la realidad y no se ha dado en ningún caso. La razón es que la mediación en sede judicial tiene sus propias características, toda vez que la comunicación entre las partes suele estar interrumpida, y ya se ha realizado la opción de ganar o perder. Por ello no hay predisposición a la colaboración. El poder de decisión, por otra parte, ya no pertenece a los ciudadanos, sino que ya han delegado la defensa de sus intereses en sus respectivos abogados y éstos no pueden mostrar signos de debilidad favoreciendo procesos de mediación cuando se han preparado para la estrategia de confrontación. Por ello es necesario que el propio tribunal proponga la derivación a la mediación de forma activa”. SÁEZ VARCÁLCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dirs.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos...*, op. cit., pág. 634.

carácter voluntario, de los 4500 casos en los que fue ofrecida, sólo en 160 se llevó a cabo efectivamente. Sin embargo, después de la reforma de las normas procesales civiles que impulsaron la utilización de las ADR, con condena en costas incluida para aquellos casos en que las partes se negasen a su uso, se produjo un aumento de un 141% en los casos de mediación en disputas de carácter mercantil⁸¹⁷.

En este sentido, señala DI STEFANO que “uno de los reconocidos motivos que justifican una derivación obligatoria a la mediación por parte del tribunal, es que de esta manera se crea la posibilidad de mediar más casos y, por tanto, de garantizar un justo y difundido acceso al servicio de mediación. Efectivamente se ha notado que, aunque con programas de elevada calidad, una derivación voluntaria a la mediación suele ser de escasa utilización, por varias razones: insuficiente familiaridad de los contendientes con el procedimiento de mediación; resistencia de las partes a manifestar la intención de acordarse; preocupación de perjuicios profesionales y económicos por los abogados. Al mayor número de casos mediados, en un modelo de mediación con derivación obligatoria, corresponde la posibilidad de que las partes se pongan de acuerdo en tiempos más rápidos, en una fase inicial del procedimiento judicial; un menor desperdicio de recursos económicos públicos y una oportunidad de educación relativamente a la mediación tanto de las partes como de sus abogados, resultando progresivamente en un futuro aumento de derivación voluntaria al procedimiento de mediación”⁸¹⁸.

En consecuencia, se han hecho notar los beneficios de la mediación cuando se ha obligado a las partes a conocer la misma, lo que ha llevado a su mayor utilización.

En España la mediación todavía es una gran desconocida para la mayor parte de la población y también para gran parte de los operadores jurídicos.

Las experiencias desarrolladas hasta la fecha en otros países confirman que las partes que han pasado por un procedimiento de mediación, aún no habiéndolo hecho de forma voluntaria, han mostrado generalmente su satisfacción con el mismo, aunque no hayan finalizado con un acuerdo. Una vez iniciado el

⁸¹⁷ Vid. MACKIE, K., MILES, D., MARSH, W. y ALLEN, T., *The ADR Practice Guide...*, op. cit. págs. 82-84

⁸¹⁸ DI STEFANO, L., “Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento”, en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos*, 2ª ed., op. cit., pág. 431.

procedimiento de mediación las partes se dejan llevar y acaban por olvidar como accedieron al mismo⁸¹⁹.

Parece, pues, fundamental dar a conocer la mediación para impulsar su utilización y, en este sentido, me parece una buena opción la adoptada por el legislador italiano, es decir, obligar a las partes a acudir a una sesión informativa como requisito previo de procedibilidad para una serie determinada de supuestos o materias, si bien limitando dicha obligatoriedad a un período de prueba de cuatro años, período que el legislador ha considerado prudencial para que precisamente tanto los justiciables, como los propios operadores jurídicos puedan conocer la mediación y sus ventajas.

Tal y como apuntó SANDER, la mediación puede ser obligatoria como un recurso temporal, hasta que las personas la conozcan y puedan convencerse de las ventajas que la misma puede reportarles. Una vez esto se haya producido, sería conveniente que la mediación fuese nuevamente ofrecida como un recurso de carácter voluntario⁸²⁰.

Otra opción perfectamente válida, como ya he comentado, es la posibilidad de atribuir a los jueces la potestad de poder obligar a las partes a que acudan a una sesión informativa de mediación, dotándoles incluso de mecanismos de carácter coercitivo a tal fin, como puede ser una posible condena en costas en el proceso judicial o una sanción pecuniaria en caso de incumplimiento⁸²¹.

Tal y como señala SOLETO MUÑOZ, “de establecerse una obligatoriedad de asistencia a la sesión informativa, deberíamos establecer consecuencias al incumplimiento. Parece imposible asumir la denegación de acceso a la jurisdicción, o una limitación de los derechos procesales de la parte que incumpla la obligación.

⁸¹⁹ Vid. QUEK, D., “Mandatory Mediation: An Oxymoron?..”, op. cit., págs. 485-486.

⁸²⁰ Vid. SANDER, F.A., “Another view of Mandatory Mediation”, *Dispute Resolution Magazine*, 2007, pág. 16.

⁸²¹ En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA señalaban la posibilidad de que “haya Estados miembros que puedan optar en su Derecho interno por implantar la obligatoriedad de la mediación prejudicial, o imponer sanciones a la parte que se niegue a asistir a ella, directamente (multas) o indirectamente (en la condena en costas, si en el litigio contencioso judicial no se da la razón a quien se negó a ir a la mediación)”. ORTUÑO MUÑOZ, J.P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos...”, op. cit., pág. 56.

Una multa podría ser admisible, si bien se podría cuestionar desde el punto de vista constitucional, pero que podría justificarse en caso de mediación familiar y existir menores, dado que el principio general de protección del menor impregna nuestro ordenamiento”⁸²².

En Puerto Rico, por ejemplo, según apunta FONT-GUZMÁN “si el juez así lo ordena, las partes están obligadas a acudir a una sesión inicial de orientación ante un mediador del centro, pero no están obligadas a someterse al proceso de mediación; la mediación intrajudicial es voluntaria. Si las partes no cumplen con la orden del juez de acudir a la sesión inicial podrían ser encontradas incurso en desacato. Cuando el juez emite una orden para que las partes acudan a la sesión de orientación, las partes deberán haber completado este proceso dentro de sesenta días a partir de la fecha de notificación; el tribunal tiene discreción para ampliar o acortar este término.

Requerir la asistencia a la sesión inicial de orientación so pena de desacato, pero dejar a la voluntad de las partes si se someten al proceso de mediación es, a mi juicio, una manera excelente de intentar institucionalizar la mediación intrajudicial, pero a la misma vez respetar el ejercicio de autodeterminación de las partes y no privarlas de su derecho a tener su día en corte, si así lo desean”⁸²³.

Bien, la implementación de medidas de carácter coercitivo a disposición de los jueces para obligar a las partes a acudir a mediación puede tener un efecto positivo porque, sin duda, va a contribuir a impulsar el conocimiento y la utilización de la mediación. Pero, la experiencia de otros países demuestra que no todos los programas que tienen un alto grado de coerción tienen por qué tener mayor índice de éxito.

En primer lugar, la derivación discrecional, caso por caso, se presenta como mucho más recomendable que la genérica, entendiendo por ésta todos los asuntos de determinada cuantía o clase; es conveniente hacer una buena selección previa de los asuntos a derivar, porque además, de esta forma, se conseguirán

⁸²² SOLETO MUÑOZ H., “La mediación conectada con los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos*, 2ª ed., op. cit., pág. 393.

⁸²³ FONT-GUZMÁN, J., “Programas de derivación judicial en Estados Unidos”, en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos*, 2ª ed., op. cit., pág. 457.

indudablemente mejores resultados en la mediación.

Para hacer una buena derivación es conveniente que los jueces se encuentren debidamente capacitados e instruidos en cuáles, cómo y cuándo derivar los asuntos, si no, podrían caer en el automatismo que, en general, no lleva a buenos resultados.

La derivación por tipología de casos, como por ejemplo ha hecho el legislador italiano, presenta la comodidad de no invertir recursos personales y materiales para analizar los casos, por lo que es mucho más sencillo de administrar, si bien no es lo ideal porque habrá muchos supuestos en los que las partes no tengan voluntad alguna de llegar a ningún tipo de acuerdo, lo cual es perfectamente legítimo, y, en consecuencia, no deseen acudir a mediación, con lo que lo único que se conseguiría es dilatar la tramitación del proceso judicial. Además, los recursos económicos que habrían que destinarse a asegurar el acceso a la mediación de todos los ciudadanos de forma tan extensa serían muy considerables.

Como mecanismos para realizar una selección de asuntos para derivar, el tribunal pueda entender adecuado entrevistarse con las partes antes de decidir enviarlas a una sesión informativa, y en función de su predisposición y de la situación en que se encuentre el conflicto hacerlo finalmente o no.

Otra variante es que el tribunal pueda derivar obligatoriamente a las partes a una sesión informativa si, a su entender y por las circunstancias que haya podido apreciar de una primera evaluación documental, sin ver a las partes, considera que puede ser lo más apropiado.

Otro enfoque, que se utiliza en el Reino Unido⁸²⁴, es la posibilidad de exigir a las partes que busquen asesoramiento jurídico a fin de determinar si sería conveniente que su controversia pudiese ser resuelta a través de la mediación. También puede el tribunal alentar a las partes a acudir a mediación y, si éstas no lo hacen, tener en cuenta la negativa injustificada de alguna de ellas a tal requerimiento, a efectos de determinar una posible condena en costas o bien imponerle una sanción económica. Estas sanciones económicas pueden tener un

⁸²⁴ Vid. MACKIE, K., MILES, D., MARSH, W. y ALLEN, T., *The ADR Practice Guide...*, op. cit. pág. 83.

efecto disuasorio de ciertas conductas en las partes, además de incitarlas a participar en la mediación de forma colaborativa⁸²⁵.

Considero que la imposición de sanciones especialmente gravosas en caso de inasistencia injustificada a la mediación, si ésta se configura con carácter obligatorio, tampoco es especialmente recomendable porque las partes pueden sentirse coaccionadas a acudir contra su voluntad o sin estar realmente convencidas de ello, lo que viene a socavar la naturaleza de la mediación como procedimiento voluntario, así como la propia autonomía e independencia de las partes.

También, si se impone un excesivo control de si las partes acuden o no a mediación, o incluso de su actitud dentro del procedimiento, puede llevar a que el propio tribunal cambie su actitud respecto de la parte que no colaboró activamente en el buen desarrollo y fin de la mediación, por lo que las partes también pueden verse en cierta medida coaccionadas a actuar de una determinada forma para no incomodar al tribunal al sentirse bajo la vigilancia y escrutinio de éste.

En algunos Estados norteamericanos, como Alabama y Maine, por ejemplo, se concede la posibilidad a los tribunales de imponer sanciones más severas que la mera condena en costas, así pueden incluso dictar sentencia en contra de la parte que haya incumplido alguno de los mandatos del propio tribunal en su derivación a mediación, desde la inasistencia a la misma a la conducta inapropiada durante el desarrollo del proceso⁸²⁶.

Comparto plenamente la opinión de SOLETO MUÑOZ, citada anteriormente, cuando señalaba que “parece imposible asumir la denegación del acceso a la jurisdicción o una limitación de los derechos procesales de la parte que incumpla la obligación”. Adoptar sanciones de esta naturaleza plantea un evidente problema y

⁸²⁵ En Italia, por ejemplo el art. 8.5 del DLgs. 28/2010, que no ha sido modificado tras la reforma operada por la Ley nº 98 de 2013, dispone que “En caso de no participación en el procedimiento de mediación sin causa justificada, el juez podrá inferir elementos de prueba en el subsiguiente litigio (...). En los supuestos previstos en el art. 5, el juez condenará a la parte que no hubiera participado en el procedimiento sin causa justificada a pagar a favor del Tesoro Público una cantidad por importe equivalente a la tasa unificada adecuada por el procedimiento judicial”.

⁸²⁶ Vid. QUEK, D., “Mandatory Mediation: An Oxymoron?..., op. cit., pág. 496.

es el de la proporcionalidad. Si estamos defendiendo la voluntariedad de la mediación, aunque en determinadas ocasiones se pueda derivar a las partes a una sesión informativa de forma obligatoria, lo que no tiene mucho sentido es forzar a las mismas a través de consecuencias especialmente gravosas en orden a que inicien el proceso o que permanezcan en el mismo de forma coactiva. No se puede en ningún caso tomar medidas tan drásticas como las relatadas, y desestimar por ejemplo las legítimas pretensiones de alguna de las partes en el proceso judicial por el mero hecho de negarse a utilizar la mediación como vía de resolución del conflicto, sería una evidente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, proporcionar al juez un poder ilimitado para imponer duras sanciones puede conducir a resultados nefastos que perjudiquen el propio objetivo de la obligatoriedad de la mediación que es dar a conocer la misma e impulsarla. Si las partes y la propia sociedad perciben que los posibles perjuicios de la mediación pueden ser mayores que los beneficios que obtengan de la misma, lo normal es que recelen de ésta y la rechacen.

Por lo que respecta a la posible imposición de las costas del proceso judicial a la parte que se niegue a acudir a la sesión informativa de mediación instada por el tribunal, parece una solución más acorde con lo que podríamos entender como buena fe procesal. En este caso, si el juez entiende que un litigio determinado puede ser susceptible de ser finalizado por acuerdo entre las partes y a tal fin acuerda instar a las mismas a que acudan a una sesión informativa a fin de que consideren la posibilidad de iniciar un procedimiento de mediación y alguna de ellas se niega o no acude, el juez podría considerar la posible concurrencia de mala fe procesal o de temeridad y, en consecuencia, imponer las costas a la misma.

Ahora bien, entiendo que tampoco habría que generalizar y sólo cabría dicha imposición de costas cuando realmente se apreciase la concurrencia efectiva de dicha mala fe procesal. Es decir, si las partes justifican su decisión de no acudir a dicha sesión informativa, por ejemplo porque ya hayan intentado solucionar previamente su conflicto de forma amistosa y no haya sido posible, o porque aun conociendo la mediación y sus posibles ventajas entiendan que es preferible una solución jurídica para su litigio, en esos casos considero que no cabría la imposición de las costas por la negativa a acudir a la sesión informativa.

En el Reino Unido se optó por aplicar con carácter generalizado el criterio de la imposición de costas a la parte que se negase a acudir a mediación u otro ADR recomendado por el tribunal y finalmente surgieron problemas.

Al igual que en el procedimiento español, en el Reino Unido en materia de costas rige el criterio del vencimiento, así en las Reglas de Procedimiento Civil (RCP 44.3 (2)), se establece la norma general de que la parte que pierda en el proceso judicial debe pagar las costas de la otra parte. Sin embargo, en la Regla 44.3 (5) se permite que el tribunal pueda modificar dicho criterio, teniendo en cuenta el comportamiento de las partes, tanto antes como durante el procedimiento, incluyendo los intentos previos de resolver el conflicto.

Este criterio comenzó a ser esgrimido por las partes que, sabiendo que tenían pocas posibilidades de éxito en el proceso judicial, instaban a la contraria a la utilización de la mediación o de otro mecanismo ADR con carácter previo a la interposición del procedimiento judicial. Después del caso *Dunnet contra Railtrack* de 2002, que dispuso que las costas fueran abonadas por la parte ganadora de la causa, (en este caso Railtrack, a pesar de haber obtenido la razón en el proceso judicial, fue condenada a pagar las costas del proceso por haber rechazado la oferta de mediación de la Sra. Dunnet), se empezó a utilizar como táctica empleada por las partes más débiles para tratar de resolver la controversia a través de la mediación u otro método ADR, con la amenaza para la parte más fuerte de enfrentarse al pago de las costas procesales por haberse negado a dicha posibilidad⁸²⁷.

La sentencia del caso *Halsey contra Milton Keynes NHS Trust* del año 2004, cambió dicha tendencia y vino a poner un poco de sentido común en esta cuestión. La Corte de Apelación, antes de dictar sentencia recabó opiniones del Consejo de Mediación Civil, del Grupo de ADR, del CEDR y del Colegio de Abogados. La Corte no aceptó el argumento del Consejo de Mediación Civil de que debía existir una presunción general a favor de la mediación, inclinándose por la postura de analizar si la negativa a participar en mediación u otro ADR se produjo injustificadamente o no y que factores influyeron en tal decisión. Este criterio cambió radicalmente la

⁸²⁷ Vid. MACKIE, K., MILES, D., MARSH, W. y ALLEN, T., *The ADR Practice Guide...*, op. cit. pág. 83.

orientación que venían dando sentencias dictadas con anterioridad, que parece autorizaban a los tribunales para obligar a una de las partes a participar en la mediación, incluso cuando no estaban dispuestas a hacerlo⁸²⁸.

La sentencia del caso *Halsey* invierte la tendencia y deja claro que los tribunales no pueden obligar en ningún caso a mediar a las partes que no están dispuestas a hacerlo y sienta la responsabilidad de la carga de la prueba sobre la parte que pierda el proceso, que habrá de demostrar que no era razonable la negativa de la otra parte a mediar o utilizar otro ADR.

En la sentencia del caso *Halsey*, los jueces dejan claro que la decisión de privar a la parte ganadora en el proceso judicial de las costas, sobre la base de su negativa a participar en un ADR, debe ser una excepción a la regla general, y la carga de la prueba ha de pesar sobre la parte que pierda el procedimiento que habrá de acreditar que la negativa de la otra parte a participar en un ADR a fin de intentar solucionar amistosamente la disputa no tenía fundamento alguno y era totalmente irrazonable.

Los factores que habrán de tenerse en cuenta a la hora de decidir si la negativa a mediar fue o no razonable son:

- A) la naturaleza de la disputa;
- B) las circunstancias del caso;
- C) si ya se habían intentado otros métodos de solución y en qué medida;
- D) si los gastos de la mediación o de otro ADR eran demasiado elevados;
- E) si habría podido resultar perjudicial cualquier retraso por asistir a mediación u otro ADR;
- F) si la mediación u otro ADR tenían perspectivas razonables de éxito⁸²⁹.

⁸²⁸ Por ejemplo en el caso de *Shirayama Shokusan Company Ltd. y otros contra Ltd. Danovo*, el tribunal ordenó la mediación, a pesar de la falta de voluntad de la demandante. *Ibíd.*, pág. 85.

⁸²⁹ Vid. QUEK, D., "Mandatory Mediation: An Oxymoron?...", *op. cit.*, pág. 485. Vid. MACKIE, K., MILES, D., MARSH, W. y ALLEN, T., *The ADR Practice Guide...*, *op. cit.* pág. 84-87.

La sentencia del citado caso estableció dos principios importantes:

El primero que obligar a las partes a utilizar cualquier ADR podría ser considerado como una restricción inaceptable que podría vulnerar el derecho de acceso a los tribunales de las mismas, violando lo dispuesto en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Y el segundo, que la condena al pago de las costas devengadas en el proceso judicial que se venían imponiendo con carácter general a la parte que se hubiese negado a utilizar un mecanismo ADR, aunque hubiese ganado dicho proceso, tenía que ser matizada en el sentido de que dicha decisión sólo sería adecuada si la negativa a considerar acudir previamente a ADR hubiese sido injustificada, habiendo en este caso de demostrar tal extremo la parte que perdió el proceso judicial y que por tanto viene obligada al pago de las costas del mismo⁸³⁰.

Obligar a las partes que no están dispuestas a someter su controversia a mediación no tiene sentido alguno y sería un obstáculo inaceptable en su derecho de acceso a los tribunales de justicia.

El elemento básico de los procedimientos de solución alternativa de conflictos, y tal vez la clave de su eficacia, es que son procesos voluntariamente asumidos por las partes y sus resultados igualmente lo son.

En consecuencia, el tribunal no debe ordenar que tales métodos sean utilizados a toda costa, esto no haría más que dilatar y entorpecer el proceso judicial, simplemente debe alentarlos y facilitarlos, pudiendo analizar con las partes los motivos de su negativa inicial a acudir a dicho métodos e instarlas a que acudan a una sesión para que reciban la información adecuada sobre los mismos, pero

⁸³⁰ En el caso *Halsey* no se hizo y tanto el tribunal de instancia, como la Corte de Apelación, consideraron que no cabía condenar en costas a la parte que se negó a los ADR, porque aunque el tema no era intrínsecamente inadecuado para la mediación, dicha parte consideraba que tenía argumentos suficientes y una sólida defensa legal para hacer frente a la demanda contra ella formulada, por lo que consideraba que tenía razón en sus planteamientos y no estaba dispuesta a ceder en los mismos; además la Corte de Apelación tuvo en cuenta también que el tribunal de instancia no había sugerido u ordenado la mediación durante la sustanciación del proceso; también había motivos para creer que las ofertas de mediación de los abogados del demandante eran una táctica de éstos para, en caso de perder el procedimiento judicial, solicitar la condena en costas a la parte que se negó; otro factor importante fue el tema de que el coste de la mediación habría sido demasiado elevado; además los jueces consideraron que el demandante no había cumplido con la carga de la prueba que le correspondía, en el sentido de que la mediación tenía perspectivas razonables de éxito.

nunca forzarlas a su uso.

Si alguna de las partes entiende que su disputa se ha resolver jurídicamente y que además tiene motivos o base legal suficiente para entender que puede ver mejor satisfechos sus intereses ante un tribunal que mediante la utilización de otros métodos, es perfectamente legítimo que opte por tal vía y no por ello ha de tener consecuencias negativas de ningún tipo, no se puede alegar que ha existido mala fe. Pero es verdad, por otra parte, para que las partes puedan adoptar una decisión libre y razonada es conveniente que tengan un conocimiento adecuado de los diferentes mecanismos de que disponen para poder resolver un conflicto. Sólo teniendo este conocimiento podrán determinar cuál es el método idóneo para gestionar y dar una mejor salida a su controversia.

Por tanto, es conveniente a la hora de plantearse establecer la obligatoriedad de la mediación conectada a los tribunales, determinar claramente que la misma sólo alcanza a la asistencia a la sesión informativa, así como los incentivos o las posibles consecuencias derivadas del incumplimiento de dicha obligación⁸³¹.

Habrà que valorar las posibilidades de éxito de la mediación, así como las circunstancias específicas y la naturaleza de los asuntos a derivar. Pero, será igualmente importante, la opinión o la decisión de las partes en orden a su voluntad efectiva de participar en dicho proceso, ya que de otra forma, como he comentado, se podría vulnerar eventualmente su derecho de acceso a los tribunales, si es efectivamente lo que quieren hacer.

Tal y como señala DI STEFANO, “la elección del carácter voluntario u obligatorio de la mediación es fundamental, ya que se refleja en los varios elementos de diseño del programa mismo. Estos elementos incluyen las medidas de control y evaluación del programa y de los mediadores, el método de selección de los

⁸³¹ En este sentido, en las Conclusiones del Taller Civil del “Taller de derivación a la Mediación. Mediación conectada con los Tribunales”, organizado por el CGPJ, celebrado en Madrid en mayo de 2010, se señalaba lo siguiente: “Respecto de a si la derivación ser obligatoria, se concluye que no debe de ser obligatoria la derivación a la Mediación, aunque debe de darse al Juez la facultad de remitir obligatoriamente a sesiones de formación, especialmente si las partes van a mantener una relación comercial o negociar en el futuro. Si incumplen la obligación de intentar o acudir a una sesión de formación, los jueces deberían de tener la facultad de sancionar a las partes a través de la condena en costas”. Vid. SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación conectada con los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H., (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., págs. 412-413.

mediadores, así como la gratuidad de la mediación. Elegir entre voluntariedad y obligatoriedad de la mediación requiere la búsqueda de un equilibrio entre la intención de ofrecer la mediación en la mayoría de los casos (apropiados) y el potencial impacto negativo que una derivación de tipo obligatorio pueda tener respecto a principios de equidad y eficacia de la mediación. Existe un reconocimiento general de que una derivación de tipo obligatorio puede resultar apropiada cuando coincida con el interés de las partes, del sistema de justicia y de la colectividad más en general. Es importante considerar que este tipo de elección no tiene que ser definitiva: la obligatoriedad puede transformarse en futura voluntariedad en cuanto la cultura del conflicto y de su solución cambie a nivel colectivo”⁸³².

Los tribunales podrían imponer la obligatoriedad de la asistencia a una sesión informativa sólo cuando el costo de la misma sea financiada con fondos públicos para no suponer una carga adicional para los justiciables, cuando no haya presiones indebidas por parte del tribunal para que las partes resuelvan el asunto, y cuando los mediadores o programas de mediación sean de alta calidad y de fácil acceso, proporcionando información clara y completa sobre el procedimiento.

La mediación obligatoria no tiene porqué ser perjudicial si se hace en un marco de adecuación

7.2 SELECCIÓN DE CASOS SUSCEPTIBLES DE MEDIACIÓN

Como he señalado reiteradamente a lo largo de este trabajo, no todos los asuntos son adecuados para ser objeto de mediación. En el ámbito civil y mercantil, a priori, jurídicamente es posible someter todo asunto a mediación, excluidos aquellos de violencia de género y los que versen sobre derechos no disponibles para las partes, pero aún así, en la práctica muchos asuntos no son adecuados para ser solventados en mediación, por lo que habrá que hacer una adecuada selección de los asuntos a derivar para que la mediación pueda ofrecer los resultados que de ella se esperan.

⁸³² DI STEFANO, L., “Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento”, en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos*, 2ª ed., op. cit., pág. 431.

Tal y como se señala en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, “todo conflicto puede gestionarse eficazmente en mediación. Dependerá básicamente de que las partes perciban que se les brinda una oportunidad para desobstaculizar la contienda y apoderarlas de nuevo en la gestión de *su asunto*, pudiendo controlar en todo momento el proceso y el diseño de acuerdos conforme a su interés, valorando expectativas y riesgos y evitando la frustración de una decisión no deseada”⁸³³.

Hay una serie de criterios que, en principio, parecen aconsejar o desaconsejar qué asuntos enviar a mediación.

Entre los criterios que parecen hacer desaconsejable su derivación a mediación se cuando haya necesidad de una resolución judicial por tratar el asunto de cuestiones meramente jurídicas, cuando una parte o ambas no sean capaces de negociar con eficacia por sí mismas o incluso con la ayuda de sus abogados, o cuando existan casos en que la violencia física o psicológica ejercida por una parte sobre la otra ha deteriorado la capacidad de una o de ambas para proteger sus propios intereses durante el proceso o para llegar a acuerdos que colmen sus intereses.

Para ALASTRUEY GRACIA, “es necesario que el juez conozca que no todos los supuestos conflictuales son negociables. (...) Desde luego no habrá posibilidad alguna de mediación cuando el conflicto entre las partes sea simplemente de interpretación jurídica, o cuando no exista ningún interés común.

(...) El juez debe poder constatar en qué momento la negociación ya no puede avanzar más. Básicamente debe atenderse:

- A la incapacidad de las partes para convenir, porque no tenga la disposición sobre lo que es el objeto real del conflicto
- A la intransigencia en las posturas
- Al abuso de la confianza

⁸³³ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion> (pág. 12).

- Al transcurso de un tiempo razonable”⁸³⁴.

Por su parte, FAJARDO MARTOS apunta que “plantearse la mediación u otro método alternativo obliga también a una cierta confianza en la actitud de la otra parte. Esto supone que no debe proponerse en casos de sospecha de fraude o mala fe. Tampoco debe recomendarse la mediación en el caso en que sea necesario la solicitud de medidas cautelares, cuando exista un riesgo de quiebra de la confidencialidad o cuando, por el contrario, se pueda ser interesante dar publicidad al conflicto o cuando se considere conveniente la judicialización del conflicto para obtener pronunciamientos que puedan crear jurisprudencia sobre una determinada materia”⁸³⁵.

En un sentido similar a los autores anteriormente señalados, MCADOO, haciendo referencia a los resultados obtenidos en una encuesta realizada a 146 jueces de Minessota, señala que no es conveniente derivar a mediación cuando las propias partes manifiestan al juez que no les merece la pena el tiempo y el coste de acudir a un procedimiento de mediación porque ya han intentado previamente llegar a un acuerdo y no lo han conseguido; también cuando el juez percibe que las partes no tienen intención de participar en dicho procedimiento de buena fe; cuando la cuantía de la disputa es tan pequeña que los propios abogados entienden que no merece la pena acudir a mediación porque pueden solucionar el tema por ellos mismos; cuando los argumentos jurídicos superan a los personales; cuando las posiciones de las partes se encuentran demasiado distantes y se prevé difícil un acercamiento; cuando por la importancia del asunto a tratar las partes requieran una decisión judicial; cuando existen desequilibrios de poder importantes entre las partes o cuando existe violencia o intimidación⁸³⁶.

En cuanto a los criterios que normalmente se utilizan para sostener la adecuación de la mediación como método ideal para gestionar el conflicto, se hace alusión a la existencia de algún tipo de relación entre las partes, tanto de carácter personal como familiar, a la importancia de dichas relaciones y si las mismas han de

⁸³⁴ ALASTRUEY GRACIA, R., “Argumentario sobre la búsqueda de soluciones...”, op. cit., pág. 14.

⁸³⁵ FAJARDO MARTOS, P., “La posición del abogado en el proceso de mediación”, op. cit., págs. 5-6.

⁸³⁶ Vid. MCADOO, B., “All Rise, the Court Is in Session; What Judges Say About Court-Connected Mediation”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 22:2 2007, págs.404-407.

permanecer en el tiempo o no, a la necesidad de salvaguardar la privacidad de las partes en conflicto, también cuando se precise rapidez en la solución del conflicto, cuando se pretendan ahorrar costes económicos o cuando existan incertidumbres jurídicas notorias que hagan totalmente impredecible el carácter del fallo que pueda dictar el órgano judicial.

Señala ALASTRUEY GRACIA que “la mediación es particularmente eficaz cuando se lleve a cabo entre personas o empresas entre las que existe o ha existido algún tipo de relación, sean lazos de tipo personal, como en los casos de familia, en los supuestos de herencias, en los de gestión de sociedades familiares; de tipo comercial, entre empresas que seguirán en el mismo sector mercantil y podrán continuar sus vínculos de negocio; o de relación social, como las cuestiones laborales, las disputas entre vecinos, temas relacionados con la construcción, o los conflictos de consumo. También resulta eficaz la mediación entre víctima y autor del daño”⁸³⁷.

Algunos países han optado por determinar o clasificar por categorías qué asuntos en particular han pasar obligatoriamente por mediación, como hemos visto en el caso del legislador italiano o algunos Estados norteamericanos, o como por ejemplo previó el anterior proyecto de Ley español para el caso de los juicios verbales de reclamación de cantidad de cuantía inferior a 6000 euros.

Sin embargo, para los asuntos que ya están judicializados, que ya se encuentran en el tribunal, entiendo que la elección de los que habrán de ser derivados a mediación no ha de hacerse sobre la base de una serie de criterios estrictamente articulados o detallados, siendo más recomendable analizar asunto por asunto. Es decir, creo que no es conveniente derivar indiscriminadamente asuntos de una misma naturaleza, todos los divorcios por ejemplo, o todas las ejecuciones derivadas de temas de familia, o todos los juicios verbales de pequeñas reclamaciones de cantidad, sino que dicha cuestión habrá de depender de la verdadera naturaleza de dichos asuntos, es decir ver tema por tema y determinar cuál en función de sus específicas circunstancias es realmente adecuado y si las partes pueden tener algún tipo de voluntad para alcanzar acuerdos que pongan fin

⁸³⁷ ALASTRUEY GRACIA, R., “Argumentario sobre la búsqueda de soluciones...”, op. cit., pág. 14.

a su disputa⁸³⁸.

Los recursos disponibles en el sistema de justicia son limitados. Aunque lo ideal sería contar con recursos que permitiesen la debida institucionalización de servicios de mediación en los tribunales de justicia y su puesta a disposición de los litigantes en todos los casos, la realidad de la escasez de fondos y el incipiente momento en que se encuentra la mediación requiere que la elección de los asuntos a derivar sea proporcionada y adecuada a la naturaleza y circunstancias concretas de los casos a tratar.

Por todo ello, la mayoría de los programas y protocolos establecen una serie de criterios de derivación que procuran dar una orientación a los operadores para elegir prioritariamente los casos que cumplan alguna de las características que se reseñan en los mismos.

Para FONT-GUZMÁN, “en el proceso de seleccionar qué casos son referidos a mediación el tribunal tiene la obligación de considerar los siguientes factores:

- 1) la naturaleza del caso;
- 2) la relación entre las partes;
- 3) la disposición de las partes para negociar;
- 4) la posibilidad de que la mediación afecte adversamente la relación;

⁸³⁸ Para DI STEFANO, “normalmente la derivación de casos a la mediación *por categoría* opera en base a dos criterios fundamentales: valor económico de la disputa u objeto de la misma (ejemplo, todos los casos de valor no superior a 10.000 euros o todos los casos que se refieren a la custodia de los hijos). Cuáles son los beneficios de este método: se maximizan los efectos del servicio mediación, y aunque las partes no consigan un acuerdo, se ha utilizado un procedimiento, el de mediación, que educa a las partes en utilizar diferentes formas de comunicación, y que les prepara posiblemente para un acuerdo futuro; consiente un ahorro de tiempo y dinero para las partes y para la estructura pública, eliminando la necesidad de un asesoramiento caso por caso acerca de la idoneidad; facilita la derivación a la mediación de un mayor número de casos y ofrece menor dificultad en desarrollar y articular los procedimientos de selección y remisión a la mediación. El objetivo principal de una mediación *por caso*, al contrario, es el de individualizar la idoneidad para la mediación del mismo caso. Algunos de los beneficios reconocidos de tal modelo son: minimizar la posibilidad de que casos no apropiados sean remitidos a la mediación, con gastos mayores y una imagen negativa del servicio mismo que puede aparecer no equitativo para las partes, así como un desperdicio de los recursos administrativos del servicio cuando un caso, por no idóneo, no pueda ser mediado”. DI STEFANO, L., “Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 428.

- 5) los riesgos a la integridad física de los participantes o de los interventores neutrales;
- 6) la posibilidad de proveer remedios de emergencia antes del referido; y
- 7) los costos y riesgos de la litigación”⁸³⁹.

Cualquiera que sea el criterio de selección, los mismos deberían ser valorados por el tribunal para mejorar la reflexiva toma de decisiones, así como la comprensión y la aceptación por parte del personal de los tribunales, los operadores jurídicos y los propios usuarios.

En cuanto a las distintas materias dentro del orden civil y mercantil que pueden ser susceptibles de derivación a mediación, como he indicado, a priori no descartaría ninguna, si bien hay algunas que parece que por su naturaleza se prestan más a ello.

7.2.1 Conflictos familiares

Así, por ejemplo, por lo que respecta a los temas de familia, en principio, todo conflicto puede ser gestionado eficazmente en mediación⁸⁴⁰.

⁸³⁹ FONT-GUZMÁN, J., “Programas de derivación judicial en Estados Unidos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 457.

⁸⁴⁰ En este sentido, tal y como ponen de manifiesto ZAPATERO GÓMEZ, SÁEZ VALCÁRCEL y ORTUÑO MUÑOZ, “en particular, nadie pone en cuestión que, en el ámbito del derecho de familia, la mediación es una metodología más adecuada que la confrontación judicial clásica para un gran número de casos. Es también el más eficaz preventivo contra la violencia de género. Ofrece mayor rapidez, adaptabilidad a las circunstancias y condiciones de las partes y puede preservar las relaciones entre los ex cónyuges, con especial trascendencia en la salud mental de los hijos comunes”. SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Alternativas a la judicialización de los conflictos...*, op. cit., pág. 633. Igualmente, para BOLAÑOS CARTUJO “la oportunidad de recibir información sobre el proceso psicolegal que padres e hijos están viviendo permite que todos ellos contemplen la posibilidad de afrontar sus diferencias de otra forma, seguramente más próxima a su propia manera habitual de resolver los conflictos. La mediación minimiza el trauma vivido en los procesos contenciosos y las parejas que la siguen en el juzgado están más satisfechas que las que siguen un proceso contencioso. La mediación en contextos judiciales puede ser un apoyo a la función legalizadora del juez. No pretende su sustitución, sino un aumento en la eficacia de las medidas adoptadas, sustentado en la participación conjunta de la pareja en la toma de decisiones. Tampoco sustituye a los abogados, imprescindibles en el asesoramiento legal de sus clientes y en la formalización de los acuerdos logrados. Simplemente, permite hacer reversible la pirámide de poder decisorio que se ha ido generando y colocar a cada elemento del sistema en el nivel que le corresponde, el más facilitador del funcionamiento de la propia esencia familiar”. BOLAÑOS CARTUJO, I., “Mediación familiar en contextos judiciales”, en POYATOS GARCÍA, A. (Coord.), *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Nau Llibres, Valencia, 2003, pág. 176.

De hecho, tal y como señala SOLETO MUÑOZ, “en los últimos años se han generalizado programas de mediación familiar vinculada a procesos matrimoniales en distintos ámbitos territoriales. Dado que diversas Comunidades Autónomas han regulado la mediación familiar a través de Leyes propias, desarrolladas en muchos casos por Reglamentos, en varias de ellas se ha institucionalizado la mediación familiar como un sistema de resolución de conflictos vinculado al proceso integrante incluso del sistema de asistencia jurídica gratuita”⁸⁴¹.

La experiencia de todos estos programas ha resultado bastante positiva y además ha puesto de manifiesto que casi todos los asuntos pueden beneficiarse de la mediación, aún cuando no se consigan acuerdos⁸⁴².

En el Protocolo de Mediación Civil de la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* se señalan como conflictos judicializados, en los que se puede acudir a mediación como mejor alternativa posible, aquellos en que “las partes mantengan lazos familiares o se perciba una evidente carga emocional, cualquiera que se la pretensión jurídica formulada” y en concreto refiere las siguientes materias:

- Sucesiones
- Particiones hereditarias o división de bienes comunes
- Reclamaciones entre familiares
- Alimentos entre parientes
- Relaciones entre miembros de una pareja, problemas derivados de segundas parejas de ascendientes o descendientes

⁸⁴¹ SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación conectada con los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 395.

⁸⁴² Así lo señalan distintos magistrados de Juzgados de Familia que han tenido y tienen programas de mediación intrajudicial implementados en sus respectivos Juzgados; por ejemplo MARTÍN NÁJERA, PÉREZ SALAZAR y UTRERA GUTIERREZ señalan que “la mediación intrajudicial no es tanto una alternativa al proceso como una nueva forma de actuación en los Tribunales de Justicia que implica el que se trabaje para que, aún dentro de un proceso contencioso, se dé la oportunidad a las partes de llegar a una solución consensuada por ellos con la ayuda de un tercero, o al menos se reduzcan las materias en discordia o sirva para pacificar el conflicto entre ellos. El objetivo del acuerdo no es por tanto el único a conseguir. En el juzgado a veces es suficiente con que el enconamiento disminuya y la comunicación entre la pareja mejore”. MARTÍN NÁJERA, T., PÉREZ SALAZAR, M. y UTRERA GUTIERREZ, J.L., “Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia”, *Revista de Mediación*, Año 2, Nº 4, octubre 2009, pág. 14.

- Gestión de empresas familiares
- Consecuencias patrimoniales de las rupturas de matrimonios o parejas
- Organismos tutelares y gestión de las tutelas

Por su parte, en el Protocolo de Familia de la misma Guía se apunta que la mediación será factible en “todos aquellos asuntos que se tramitan en los Juzgados relativos a cuestiones matrimoniales o paterno filiales, incluidas las discrepancias sobre el ejercicio de la patria potestad, las visitas de abuelos-nietos, la determinación de los gastos extraordinarios, las modificaciones de medidas, ya sea en trámite o en ejecución de sentencia, así como la sustracción internacional de menores. En principio no deben hacerse limitaciones apriorísticas de los temas a tratar, aunque dependerá de los acuerdos que se alcancen con el servicio de mediación. En algunos casos se remiten preferentemente las familias en que existen hijos menores”.

Destaca por su exhaustividad, la relación de temas de Derecho de familia que pueden ser objeto de mediación contenida en el art. 2 de la *Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado*, de la Comunidad Autónoma de Cataluña⁸⁴³. Así, se señala en el citado artículo que la mediación familiar comprende de forma específica las siguientes materias:

- a) Las materias reguladas por el Código civil de Cataluña que en situaciones de nulidad matrimonial, separación o divorcio deban ser acordadas en el correspondiente convenio regulador.
- b) Los acuerdos a alcanzar por las parejas estables al romperse la convivencia.
- c) La liquidación de los regímenes económicos matrimoniales.
- d) Los elementos de naturaleza dispositiva en materia de filiación, adopción y acogida, así como las situaciones que surjan entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer los datos biológicos.

⁸⁴³ BOE Núm. 198, de 17 de agosto de 2009.

- e) Los conflictos derivados del ejercicio de la potestad parental y del régimen y forma de ejercicio de la custodia de los hijos.
- f) Los conflictos relativos a la comunicación y relación entre progenitores, descendientes, abuelos, nietos y demás parientes y personas del ámbito familiar.
- g) Los conflictos relativos a la obligación de alimentos entre parientes.
- h) Los conflictos sobre el cuidado de las personas mayores o dependientes con las que exista una relación de parentesco.
- i) Las materias que sean objeto de acuerdo por los interesados en las situaciones de crisis familiares, si el supuesto presenta vínculos con más de un ordenamiento jurídico.
- j) Los conflictos familiares entre personas de nacionalidad española y personas de otras nacionalidades residentes en el Estado español.
- k) Los conflictos familiares entre personas de la misma nacionalidad pero diferente de la española residentes en el Estado español.
- l) Los conflictos familiares entre personas de diferentes nacionalidades distintas a la española residentes en territorio español.
- m) Los requerimientos de cooperación internacional en materia de derecho de familia.
- n) La liquidación de bienes en situación de comunidad entre los miembros de una familia.
- o) Las cuestiones relacionales derivadas de la sucesión de una persona.
- p) Los conflictos surgidos en las relaciones convivenciales de ayuda mutua.
- q) Los aspectos convivenciales en las acogidas de ancianos, así como en los conflictos para la elección de tutores, el establecimiento del régimen de visitas a las personas incapacitadas y las cuestiones económicas derivadas del ejercicio de la tutela o de la guarda de hecho.

- r) Los conflictos de relación entre personas surgidos en el seno de la empresa familiar.
- s) Cualquier otro conflicto en el ámbito del derecho de la persona y de la familia susceptible de ser planteado judicialmente.

En todas estas materias será posible, en principio, comenzar un procedimiento de mediación, lo que no quiere decir que necesariamente haya de hacerse en todo caso, siendo lo más recomendable, como he comentado, analizar individualmente caso por caso para ver si se dan las circunstancias adecuadas.

En la Síntesis del *Grupo de Trabajo PNPM sobre Protocolos de Derivación a Mediación*, se ofrecen una serie de indicadores para la identificación de asuntos idóneos derivables a mediación⁸⁴⁴:

- Cuando existan menores o personas dependientes.
- Situaciones de fracaso de recursos externos en el ámbito familiar.
- Predisposición inicial de las partes o solicitud expresa.
- Desacuerdo parcial.
- Familias judicializadas.
- Familias con circunstancias especiales.
- Necesidad de mantener la relación familiar.
- Cambios de defensa/representación.
- De modo preferente aquellos asuntos en que las posturas de las partes no sean muy distantes.
- Que la problemática no sea exclusivamente de tipo económico-patrimonial.
- Desde la profesión de psicología: situación conflictiva relacionada con un proceso de separación o divorcio (cuestiones relacionadas con el convenio regulador o su puesta en práctica, diferencias respecto a los roles de

⁸⁴⁴ <http://www.mediacionesjusticia.com> (pág. 16).

coparentalidad, establecimiento de normas, educación, diferencias relacionadas con la salud del menor, etc.).

E, igualmente, se establecen también otra serie de indicadores para los casos en que no debe utilizarse el recurso a la mediación⁸⁴⁵:

- Patología incapacitante de la voluntad
- Incapacidad mental
- Toxicomanía o alcoholismo actuales
- Maltrato con desequilibrio evidente

Todos estos criterios orientativos, así como los indicadores señalados, delimitan en gran medida el ámbito de asuntos donde se puede aplicar la mediación y sería muy conveniente que la persona del juzgado encargada finalmente de llevar a cabo las derivaciones –ya sea el Secretario judicial, el Juez, o ambos coordinadamente– estuviesen debidamente instruidos en dichos criterios e indicadores, así como específicamente en mediación, a fin de que efectivamente las derivaciones sean lo más productivas y exitosas posibles.

Ya hay varias las sentencias del Tribunal Supremo y de distintas Audiencias Provinciales que recomiendan utilizar la mediación en caso de conflictos familiares, precisamente por la adecuación de la misma a la naturaleza de estos conflictos.

Así, por ejemplo, la STS 2290/2010, de 20 de mayo de 2010, en su Fundamento Cuarto señala: “Sin embargo, no es baldío recordar aquí lo que ya las sentencias de esta Sala de 2 de julio de 2007, 3 de julio de 2007, 5 de marzo de 2010, establecen sobre la mediación. Este caso, propio de una sucesión mortis causa, no sólo refleja un problema de atribuciones patrimoniales, sino un enfrentamiento familiar, que se vislumbra claramente en los escritos obrantes en autos, que podría haberse evitado yendo a la solución alternativa de la mediación, si las partes hubieran querido o la ley lo hubiera previsto, que no la hay, pero aparece cada vez más una corriente favorable a la misma (...). En todo caso, puede la mediación, como

⁸⁴⁵ *Ibíd.* págs. 16-17.

modalidad alternativa de solución de conflictos, llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica”.

En el mismo sentido, la STS 4429/2009, de 3 de julio de 2009, en su Fundamento Primero: “Se trata, pues, de un fuerte enfrentamiento familiar, con la consecuencia jurídica de un largo y enconado proceso y la consecuencia económica, según la sentencia recurrida, de la pérdida de una larga serie de bienes por el demandado donatario que había sido objeto de la mencionada donación. No es baldío tener presente que en éste, como en otros tantos conflictos, tanto familiares, como civiles o mercantiles en general (así, Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles), podría una mediación llegar a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica”.

De todos los posibles conflictos familiares reseñados quisiera destacar algunos, como los relativos a la responsabilidad parental, donde entiendo la mediación se hace especialmente necesaria, atendiendo sobre todo a los intereses comprometidos en dichos conflictos y al hecho evidente del mantenimiento del ejercicio conjunto de la patria potestad –salvo concurrencia de alguna circunstancia excepcional–, sea cuál sea la decisión que se adopte sobre la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores. Como digo, en estos casos el órgano derivador ha de estudiar detenidamente las circunstancias concurrentes y, salvo que haya alguna en particular que especialmente desaconseje su remisión a mediación, habría de derivarse siempre a sesión informativa.

Especial atención habrán de prestar también a los conflictos donde los progenitores soliciten la guarda y custodia compartida ante el más que previsible aumento de solicitudes en este sentido en los próximos tiempos y dada la idoneidad de la mediación para estos supuestos a fin de que las partes puedan entender adecuadamente lo que tal solicitud implica y asumir acuerdos más

ajustados a las necesidades de sus hijos menores y a las suyas propias.

Dentro de los conflictos relativos a la responsabilidad parental, destacaría igualmente, como especialmente susceptibles de ser mediados, aquellos relativos al establecimiento y cumplimiento del régimen de visitas del progenitor no custodio, pero también en muchos supuestos de otros familiares – fundamentalmente abuelos– que en la práctica se están haciendo cargo del cuidado y atención de los menores, y que son fuente de múltiples procesos judiciales precisamente por su incumplimiento.

Tal y como se señala en la Síntesis del *Grupo de Trabajo PNPM sobre Protocolos de Derivación a Mediación* “partimos de que una situación de crisis, en determinados supuestos, impide a las partes actuar con objetividad y responsabilidad hacia los intereses de sus hijos, quienes nunca deben ser alejados de sus progenitores, salvo en casos excepcionales y justificados, debe respetarse siempre el derecho de los menores a comunicarse pacíficamente con su progenitores.

La mediación resulta más adecuada que el proceso judicial puesto que permite fijar el régimen de visitas más adecuado para todos los miembros de la familia, ya que puede atender a todas las premisas necesarias para su determinación (horarios escolares y laborales, actividades extraescolares, distancia entre los domicilios, edad de los menores, vacaciones, miembros de la familia interesados...). Son circunstancias fácticas que acaso no llegarían a conocimiento directo del juez por las propias limitaciones del proceso judicial”⁸⁴⁶.

Otro de los ámbitos, dentro de las relaciones familiares donde la mediación puede tener una significativa incidencia es en el de los matrimonios o parejas mixtas o multinacionales, es decir cuyos integrantes son de distintos países, y ello dado el espectacular aumento en los últimos años de este tipo de relaciones y de las especiales implicaciones y complicaciones derivadas de las situaciones de ruptura, sobre todo cuando existen hijos menores.

En estos casos, sin duda, la aplicación de la mediación se presenta como el instrumento más recomendable a fin de dar una solución adecuada al conflicto

⁸⁴⁶ *Ibíd.* pág. 18.

suscitado, además, por supuesto, de las ya comentadas ventajas que ofrece la mediación para todos los asuntos de familia, sobre todo ante los problemas de aplicación, interpretación y ejecución de los posibles ordenamientos jurídicos de las partes implicadas en el conflicto, que van a llevar a que muchas resoluciones judiciales dictadas en el Estado de una de las partes no sean ejecutables en el de la otra.

Uno de los problemas más preocupantes, por su evidente incremento en los últimos años, derivado de este tipo de relaciones mixtas es del secuestro internacional de menores. En este sentido, apunta CALVO BABÍO que “los casos de sustracción internacional de menores no hacen sino incrementar cada año que transcurre y los canales internacionales que existen para lograr la restitución, o bien no son efectivos en todos los países, o bien no sirven para evitar los enormes traumas que produce una sustracción en los niños que la han sufrido”⁸⁴⁷.

Tal y como señala ORFANOY, “el secuestro internacional de menores se define jurídicamente como una situación en la que el progenitor no custodio se aprovecha de un período de visita para sustraer consigo el menor, trasladándole a otro país ante cuyas autoridades intenta *obtener el derecho de custodia para legalizar el secuestro*. Sería éste el caso de *traslado ilícito*, y hablamos en cambio de *retención ilícita* del menor cuando el progenitor no custodio traslada al menor con la autorización del progenitor custodio a otro Estado y no devuelve al menor una vez transcurrido el período de tiempo que cubría la autorización de la salida. También se contemplan supuestos de matrimonios en crisis, en los que todavía no se ha atribuido la custodia y uno de los progenitores traslada al hijo común en otro país

⁸⁴⁷ CALVO BABÍO, F., “La mediación en la sustracción internacional de menores”, en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos...*, op. cit., pág. 176. En el mismo sentido, se señala en la Síntesis del Grupo de Trabajo PNPM sobre Protocolos de Derivación a Mediación que “más allá del tratamiento legal, la *Child abduction* o sustracción de menores es una variante de abuso infantil, por el trauma psicológico que origina en el menor el haber sido secuestrado por un miembro de su familia. Este suceso le cambia de manera abrupta la vida, viéndose privado del contacto con el otro progenitor, tal vez hermanos, amigos compañeros, etc. Los niños en esta situación experimentan sentimientos difíciles de conciliar hacia ambos progenitores (miedo, culpa, vergüenza, confusión y lealtad dividida). Muchos de ellos se ven obligados a vivir como fugitivos y en ocasiones sumidos en la pobreza, la privación y el abandono”. www.mediacionesjuticia.com (pág. 19).

sin el consentimiento del otro progenitor”⁸⁴⁸.

En estos supuestos de secuestro internacional de menores, la mediación se presenta como un instrumento complementario del proceso judicial iniciado para la restitución del menor, pero que puede ofrecer una mejor solución global para los intereses de los padres, pero sobre todo para los intereses de los hijos, que la que se puede obtener a través de la vía judicial donde simplemente se busca la decisión jurídica del litigio. Como señala CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “la mediación podría actuar al respecto como mecanismo para que el progenitor que no está conforme con el derecho de custodia atribuido al otro progenitor acuda a tal vía para poner de manifiesto sus objeciones a la atribución de la responsabilidad parental, en lugar de manifestar su rechazo a tal atribución mediante el secuestro internacional del menor”⁸⁴⁹.

Por último, considero que es muy adecuada la mediación en el ámbito de los conflictos familiares, los conflictos relativos al derecho de sucesiones, tanto a nivel familiar como a los casos de empresa familiar, donde pese a la especial complejidad y dificultad de los mismos, al entremezclarse cuestiones económicas con sentimientos y relaciones familiares, se pueden conseguir soluciones más ajustadas a las necesidades e intereses de las partes, además de reducir considerablemente los importantes costes económicos

7.2.2 Conflictos civiles

Por lo que respecta a los criterios que puede seguir el tribunal a la hora derivar este tipo de procedimientos a mediación, se señala en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* del CGPJ que se pueden tomar como referencia los siguientes⁸⁵⁰:

- Cuando el conflicto surja en una relación continuada de las partes

⁸⁴⁸ ORFANOU, M., “La mediación en casos de secuestro internacional de menores”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 515.

⁸⁴⁹ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M., “La mediación ante el secuestro internacional de menores”, *Riedpa.com, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, www.riedpa.com, Nº 1 – 2011, pág. 27.

⁸⁵⁰ Vid. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion> (págs. 26-27).

- Relaciones de vecindad, inmisiones, medianería, servidumbres
- Propiedad horizontal
- Comunidades de bienes
- Relación entre partícipes y/o órganos de administración de sociedades
- Ruptura de relaciones de colaboración empresarial (franquicias, agencia, distribución, etc.)
- Derivadas del contrato de seguro
- Cuando la tutela del derecho suponga necesariamente un coste no reembolsable
 - Reclamaciones de consumidores frente al empresario
 - Reclamaciones de escasa cuantía
- Todos aquellos en que existan entre las partes diversos litigios o se advierta que tras el actual seguirán otros
 - Posibles acciones de repetición
 - Incumplimientos contractuales a consecuencia de acciones dañosas de terceros
 - Reclamaciones frente a empresas insolventes
 - Diversas reclamaciones frente a una misma persona o conjunto de personas
- Cuando el cauce procesal aboque a un resultado de pérdida para ambas partes
 - Ejecuciones hipotecarias
 - Ejecuciones en general
 - Responsabilidad civil por nuevas construcciones
- Cuando la decisión no permita adaptarse a los matices del caso, a las circunstancias personales o comporte una percepción subjetiva de difícil

aprehensión por el Juzgador

- Imposibilidad de fijar plazos, condiciones, garantías o sustitución de la prestación incumplida
- Supuestos de insolvencia
- Derecho al honor, la intimidad o la propia imagen
- Si existe un alto nivel de incertidumbre en el resultado económico pretendido
 - Responsabilidad civil extracontractual
 - Responsabilidad civil médica
 - Responsabilidad civil profesional, en general
 - Reclamaciones por cumplimiento defectuoso, de base técnica
 - Litigios cuya sentencia sea irrecurrible
 - Cuando alguna de las partes lo haya indicado en sus propios escritos de alegaciones

Por su parte, en la citada Síntesis del *Grupo de Trabajo PNPM sobre Protocolos de Derivación a Mediación*⁸⁵¹, se señala que, pese a que en el art. 414 LEC se establece que la derivación se habrá de efectuar en atención al “objeto del proceso”, los jueces no habrán de guiarse por tal criterio y derivar simplemente por el objeto del litigio, sino que habrán de tener en cuenta otros criterios para proceder a la citada derivación y se apuntan los siguientes:

1. Relacionales (existe relación entre las partes y deben seguir o mantener la relación: familia, socios, partícipes del mismo sector de negocio, proveedor que interesa conservar, etc.).
2. Conflictos de larga duración en el pasado y /o previsible larga duración en el futuro.
3. Cuando la decisión no se sustenta en bases jurídicas (temas técnicos,

⁸⁵¹ Vid. <http://www.mediacionesjusticia.com> (págs. 22-23).

básicamente).

4. Cuando tengan la percepción de que la decisión de la controversia sometida al tribunal no va a ser una solución, al circunscribirse a los términos del litigio y a las normas jurídicas sin poder ofrecer flexibilidad.
5. Cuando el objeto del litigio se trate de una obligación de hacer o de dar, o se establezcan múltiples peticiones subsidiarias.
6. Cuando las consecuencias de la decisión judicial puedan ser excesivamente gravosas para alguna de las partes (por ejemplo, que exista riesgo de exclusión).
7. Cuando la decisión jurídica no permite soluciones imaginativas (plazos, condiciones, garantías añadidas, intercambio de prestaciones, etc.), frente al acuerdo de mediación que puede atender al interés de las partes.
8. Cuando se perciba que el conflicto jurídico es secundario.
9. Cuando exista acuerdo parcial.
10. Casos de allanamiento.
11. Cualquier otro que el juez considere necesario/adecuado.

En caso de que se trate de asuntos que están en ejecución de sentencia, y como alternativa a la misma, se hace alusión igualmente a que puede ser aconsejable la mediación, especialmente cuando se estime que se cumplirán mejor los siguientes criterios:

- Causar el menor daño, reduciendo en lo posible los efectos negativos de la decisión.
- Favorecer el cumplimiento.
- Alcanzar una concreción de las condiciones formales y temporales del cumplimiento.

Al igual que sucedía con los temas de familia, los operadores van definiendo el ámbito de aplicación donde la mediación puede ser adecuada y efectiva. Comparto

la mayoría de los criterios orientativos señalados, si bien considero que son simplemente criterios orientativos que pueden hacer recomendable estudiar la viabilidad de derivación a mediación, pero no siempre que concurra alguno de estos criterios habrá de procederse necesariamente a la derivación, sino que realmente habrá de ser la persona encargada de la misma, el juez, el secretario o a quien se designe a tal fin, quien habrá de determinar si entiende que es conveniente proceder a dicha derivación, al igual que también puede ser recomendable derivar a mediación un caso que a priori no estuviera entre los enumerados en los protocolos.

7.2.3 Conflictos mercantiles

En lo que respecta a los conflictos de carácter mercantil, la mediación se viene consolidando como una vía más adecuada, en muchas ocasiones, que el procedimiento judicial y que otros mecanismos, como el arbitraje, que se están viendo claramente desplazados por el auge de la misma⁸⁵².

En cuanto a la tipología de conflictos que pueden ser mediados dentro del ámbito propiamente mercantil, la lista también es larga. Así, se podrían reseñar los siguientes:

- Conflictos societarios:
 - Conflictos externos con clientes, proveedores, colaboradores, etc.
 - Conflictos internos entre administradores, entre socios.
 - Conflictos por separación o abandono de alguno de los socios.
 - Conflictos por la distribución de los beneficios.
 - Conflictos derivados de la rendición de cuentas.
 - Bloqueos de Juntas o Consejos.

⁸⁵² Tal y como señala FAJARDO MARTOS “la mediación es una alternativa que se ha consolidado en los mercados financieros internacionales como el mecanismo más adecuado para resolver los conflictos entre empresas o, al menos, una gran parte de los mismos”. FAJARDO MARTOS, P., “FAJARDO MARTOS, P., “La posición del abogado en el proceso de mediación”, op. cit., pág. 2.

- Impugnación de acuerdos sociales.
- Impugnación de acuerdos de exclusión de algún socio.
- Conflictos derivados de fusiones entre mercantiles.
- Conflictos derivados del nombramiento de liquidadores.
- Conflictos por transmisión de participaciones.
- Conflictos derivados de la disolución de la sociedad.
- Conflictos por sanciones a socios.
- Conflictos de empresa familiar:
 - Conflictos derivados de la entrada de nuevos miembros a la familia.
 - Conflictos derivados de la elección o nombramiento del sucesor que se va a hacer cargo de la empresa.
 - Conflictos generados por la salida de algún miembro de la familia (divorcio, ruptura, etc.).
 - Conflictos por la gestión de la empresa.
 - Conflictos por las distintas responsabilidades asumidas por los diferentes miembros de la empresa familiar.
 - Conflictos derivados de la injerencia de familiares en la dirección y gestión de la empresa.
 - Conflictos por el reparto de beneficios de la empresa entre los miembros de la familia.
 - Conflictos derivados de la aplicación o incumplimiento del protocolo familiar.
- Conflictos por responsabilidad de administradores sociales.
- Concurso de acreedores.

- Conflictos entre empresas y entidades financieras (falta de pago, refinanciaciones, etc.).
- Conflictos derivados del incumplimiento de contratos mercantiles.
- Conflictos relativos a competencia desleal.
- Conflictos relativos a temas de propiedad industrial.
- Conflictos relativos a temas de propiedad intelectual.
- Acciones relativas a publicidad.
- Aquellos conflictos en los que el órgano derivador entienda que es más adecuada la vía consensual que la contenciosa.

En la Síntesis del *Grupo de Trabajo PNPM sobre Protocolos de Derivación a Mediación*⁸⁵³, se hace alusión igualmente a una serie de criterios que dentro de las reseñadas materias podrá tener en cuenta el órgano derivador a fin de proceder a la selección de los asuntos susceptibles de mediación. Dichos criterios son los siguientes:

- Necesidad rápida y/o urgente de una decisión y ahorrar costes.
- La previsión inicial de que la ejecución de la futura sentencia será casi imposible.
- Cuando el conflicto jurídico es secundario.
- La privacidad es muy importante, es decir, el mantenimiento de la confidencialidad.
- La causa del conflicto es una mala comunicación o una comunicación asimétrica.
- Si las dos partes quieren conservar el control sobre el resultado.
- La importancia del riesgo reputacional, es decir, si la judicialización del conflicto va en demérito de la parte.

⁸⁵³ Vid. <http://www.mediacionesjusticia.com> (págs. 22-23).

- Cuando haya necesidad de un mantenimiento de las relaciones personales o comerciales.
- Que la causa del conflicto sea una intervención o evaluación técnica.
- En casos de una estrategia legal compleja, o cuando hay mucha incertidumbre jurídica.
- Cuando no están claros los hechos.
- Si las dos partes tienen buenos argumentos.
- Si no existe gran disparidad de poder.
- Cuando su resolución depende de una situación fáctica, por ejemplo, de la decisión de un tercero.

FAJARDO MARTOS incide en la relevancia de tres de estos criterios que, según el citado autor, hacen especialmente indicado el uso de la mediación en conflictos de carácter mercantil y empresarial. Estos criterios son la existencia de relaciones comerciales continuadas entre las partes en conflicto, la preservación del riesgo reputacional de las mismas y la presencia de estrategias legales complejas.

Respecto de las relaciones comerciales continuadas entre las partes en conflicto, señala el referido autor que “a la hora de buscar la solución de un conflicto empresarial, merece la pena detenerse a pensar en el coste que, para la relación comercial, puede tener apostar por una solución confrontacional, tras la que puede resultar difícil mantener la relación comercial con la otra parte.

Hay que tener en cuenta las eventuales relaciones endogámicas con competidores, que se dan en algunas áreas de negocio -como pueden ser los seguros y reaseguros-, la interdependencia y relaciones de *partnering* entre proveedores y clientes, la relación con las Administraciones públicas en sectores regulados o la necesidad de contar con financiación continuada.

En todas estas relaciones que, por diversos motivos, deben continuarse en el tiempo, apostar por una solución negociada, en el momento inicial del conflicto, puede conllevar ventajas a medio y largo plazo. La principal ventaja sustantiva de

la mediación para la solución de conflictos empresariales es que minimiza la erosión de las relaciones entre las partes”.

En cuanto a la importancia que las empresas hoy en día dan al riesgo reputacional de las mismas, apunta que “actualmente la reputación de una empresa es un importante activo que debe cuidarse al plantear la estrategia de solución de un conflicto. No sólo nos referimos aquí a la protección de la marca frente a situaciones que pueden generar conflictividad, también importa la incidencia del buen nombre de la empresa en su posicionamiento en mercados cotizados y ratings, la reputación de la cúpula directiva, en paralelo a la reputación corporativa o la valoración del impacto mediático en la toma de decisiones. No en vano la dirección de comunicación es hoy uno de los puestos claves en una empresa y su opinión es cuidadosamente estudiada a la hora de tomar determinadas decisiones estratégicas.

Si bien, en ocasiones, resolver el conflicto a plena luz puede ser el camino adecuado, en otras preservar la confidencialidad puede ser uno de los principales objetivos de la empresa, más importante, incluso, que los términos concretos del acuerdo económico al que se llegue”.

Y, por último, respecto de la concurrencia en el conflicto de situaciones legales complejas, señala que “la complejidad de los conflictos empresariales, que, además de trascender, en muchas ocasiones, lo estrictamente legal, dan lugar a consecuencias jurídicas concatenadas, obligan a su solución con el concurso de equipos legales especializados y multidisciplinarios, en gran número de ocasiones de carácter internacional.

La pluralidad de partes e intereses también es una característica habitual en los conflictos empresariales, que aconseja la estructuración de varios mecanismos solutorios que aseguren una debida protección de la información y de la posición de las distintas partes”⁸⁵⁴.

Sin duda, comparto con el citado autor la importancia y significado de la mediación como método de gestión del conflicto más adecuado, cuando concurren en el

⁸⁵⁴ FAJARDO MARTOS, P., “La posición del abogado en el proceso de mediación”, op. cit., págs. 3-4.

mismo tales criterios, si bien, una vez más, habrá de ser el órgano derivador, si no lo solicitan las partes voluntariamente, quien habrá de determinar la conveniencia o no de su derivación.

Por lo que respecta a los diferentes conflictos mercantiles señalados, en dos ámbitos en particular la mediación puede resultar a priori especialmente adecuada: los conflictos en la empresa familiar, y los concursos de acreedores.

A. La mediación en procesos relativos a empresa familiar

En cuanto a los conflictos relativos a la empresa familiar, tal y como señala VIOLA DEMESTRE “la mediación puede ser una herramienta útil para que los miembros de las empresas familiares se comuniquen, se escuchen, cedan y sepan afrontar las dificultades unidos, ya que el resultado del procedimiento es fruto del consenso, no de la imposición de la voluntad de uno de los miembros o, llegado el caso, de un tercero, por lo que se alcanza una unidad familiar y empresarial que, en líneas generales se verá menos abocada a entrar en la espiral del fracaso negocial. Cuanto mayor es el compromiso entre las personas que participan en el negocio, más éxito se consigue; cuanta más unidad hay en la familia, más éxito se consigue”⁸⁵⁵.

Según las estadísticas, existen en España alrededor de tres millones de empresas familiares (aproximadamente un 85% del total de empresas españolas), por lo que suponen un elemento fundamental del tráfico mercantil y, a la vez, una importante fuente potencial de conflictos, por su especial naturaleza y composición, donde se mezclan elementos familiares con necesidades económicas y empresariales.

Tal y como se pone de manifiesto en la Síntesis del *Grupo de Trabajo PNPM sobre Protocolos de Derivación a Mediación*, “dado que la mayoría de los conflictos de la empresa tiene su origen en las relaciones familiares y viceversa, es importante tratarlos de forma conjunta, dando a todas las partes la oportunidad de opinar y decidir sin ceñirse a las cuestiones meramente societarias o mercantiles. Además, teniendo en cuenta que pueden conocer de asuntos con empresas familiares, tanto juzgados mercantiles, como civiles y de familia (por no hablar de la jurisdicción

⁸⁵⁵ VIOLA DEMESTRE, I., “La mediación en la empresa familiar”, en SOLETO MUÑOZ, H., *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 380.

social, que cae fuera del ámbito de aplicación de la Ley 5/2012, de 6 de julio), sería aconsejable que, cuando se derive a mediación se indique a las partes que se dirigieran a mediadores con formación en asuntos mercantiles y familiares.

Asimismo, se recomienda a los abogados que aconsejen a sus clientes acudir a mediación para evitar futuros conflictos referentes al traspaso generacional, estableciendo un plan de sucesión y valiéndose de instrumentos como el protocolo familiar, que pueden realizarse en el seno de un proceso de este tipo”⁸⁵⁶.

B. La mediación concursal

Respecto de los concursos de acreedores, la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*⁸⁵⁷, incluye un nuevo Título X en la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, cuyo enunciado es “El acuerdo extrajudicial de pagos” y que, como indica el mismo, pretende facilitar el consenso entre los acreedores y el deudor en situación de insolvencia –que reúna una serie de requisitos–, creándose la figura del mediador concursal a fin de procurar dicho consenso.

La Ley Concursal persigue dos objetivos fundamentalmente, que el mayor número de acreedores pueda cobrar sus créditos y la continuidad, en lo posible, de la actividad económica del concursado: sin embargo, en la práctica, normalmente ninguna de las dos circunstancias suele darse habitualmente, siendo frecuente que las empresas acaben liquidándose y desapareciendo y que los acreedores, además de tener que hacer frente a los gastos derivados del proceso judicial, acaben finalmente sin recuperar cantidad alguna.

Tal y como se pone de manifiesto en la Síntesis del *Grupo de Trabajo PNPM sobre Protocolos de Derivación a Mediación*, la mediación ofrece una serie de ventajas evidentes para la gestión de este tipo de conflictos, toda vez que:

- Se propicia una situación satisfactoria para todas las partes.
- Al ser confidencial, la situación de precariedad económica no trasciende.

⁸⁵⁶ Vid. <http://www.mediacionesjusticia.com> (pág. 32).

⁸⁵⁷ BOE Núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

- Las pequeñas empresas y los particulares se encontrarían en situación de igualdad con sus acreedores, muchos de ellos grandes empresas u organismos públicos.
- Se da la posibilidad de llegar a una solución en un tiempo más corto.
- Se ahorran costes económicos.

Pero, también se pueden apreciar una serie de inconvenientes, como son:

- El poco interés de los acreedores preferentes a la hora de iniciar una mediación, teniendo, como tienen, reconocido un crédito privilegiado.
- Los concursos con gran número de acreedores, que pueden hacer inviable o de muy difícil gestión el procedimiento de mediación.
- El interés del Administrador Concursal de preservar el activo y su legitimación en la mediación en el caso de la intervención de las facultades del concursado⁸⁵⁸.

Lo cierto es que, si bien puede ser un ámbito propicio para intentar la mediación, habrá que determinarse claramente si concurren las circunstancias oportunas porque no en todo caso va a ser así.

La figura del mediador concursal creada en virtud de la Ley 14/2013 es un tanto peculiar, porque poco, por no decir nada, tiene que ver con la figura de un verdadero mediador, tal y como se ha estudiado en este trabajo.

En el art. 231 del nuevo Título X de la Ley Concursal, se establecen una serie de presupuestos para poder iniciar un procedimiento a fin de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pago a los acreedores. Así, si se trata de un deudor persona física, habrá de justificar que el pasivo no supera los cinco millones de euros y si son personas jurídicas habrán de reunir una serie de requisitos como encontrarse en situación de insolvencia, que el concurso no revista especial complejidad de conformidad con lo previsto en el art. 190 de la misma Ley, que dispongan de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo y que su

⁸⁵⁸ Vid. <http://www.mediacionesjusticia.com> (pág. 33).

patrimonio e ingresos previsibles permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago.

En cualquier caso, se hace referencia a situaciones en las que no se haya judicializado el asunto, toda vez que, tal y como se establece en el art. 231.4 “no podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite”.

El procedimiento de mediación regulado en la Ley Concursal es también un tanto *sui generis*, toda vez que la solicitud de inicio no se va a realizar por todas las partes del conflicto de común acuerdo, o por una de ellas con el consentimiento de las demás, sino que ha de ser sólo el deudor el que inste tal solicitud. Además, como he comentado, el papel que va a desempeñar el mediador es diferente al que se recoge en la Ley 5/2012, a la que sin embargo se remite la Ley Concursal a fin de determinar los requisitos que habrá de reunir éste. Es un papel que se aproxima más a otras figuras, como la Evaluación de Expertos o el Arbitraje no vinculante, que a la mediación propiamente dicha, ya que el mediador tiene que elaborar una propuesta de acuerdo que habrá de trasladar a las partes para su aceptación.

El deudor que pretenda alcanzar con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos habrá de solicitar el nombramiento de un mediador concursal. La solicitud se hará a través de una instancia, en la que el deudor hará constar el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos regulares previstos, una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos. Esta lista de acreedores también comprenderá a los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público, sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo. Si el deudor estuviese casado, salvo que se encuentre en régimen de separación de bienes, tendrá que indicar también la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio, y si estuviera legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, acompañará asimismo las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios. La solicitud habrá de dirigirse al Registro Mercantil, en caso

de que el deudor sea empresario o entidad inscribible en dicho Registro, y en caso de que no sea ninguna de las dos cosas, la solicitud se habrá de hacer ante un notario del domicilio del deudor (art. 232).

Una vez recibida la solicitud, se verificará que cumple todos los requisitos y se procederá a la designación del mediador concursal, quien habrá de aceptar el cargo. El mediador se designará de una lista oficial, publicada en el BOE, que habrá de facilitar el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia que se cree en su día (art. 233).

En los diez días siguientes a la aceptación del cargo, el mediador concursal comprobará la existencia y la cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor, siempre que puedan resultar afectados por el acuerdo, a una reunión que se celebrará dentro de los dos meses siguientes a la aceptación, en la localidad donde el deudor tenga su domicilio, excluyéndose en todo caso de la convocatoria a los acreedores de derecho público (art. 234).

Tras dicha reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, en el que la espera o moratoria no podrá superar los tres años y en el que la quita o condonación no podrá superar el 25 por ciento del importe de los créditos. El plan de pagos se acompañará de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara. Igualmente, el plan de pagos habrá de incluir necesariamente una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos así como copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento. La propuesta podrá consistir también en la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas.

Dentro de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo efectuada por el mediador concursal a los acreedores, éstos podrán presentar

propuestas alternativas o propuestas de modificación. Transcurrido dicho plazo, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor. El mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, dentro del plazo mencionado de diez días, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente pudiera verse afectado por el acuerdo, excluidos los créditos con garantía real cuyos titulares no hubiesen comunicado su voluntad de intervenir en el mismo o cualquier acreedor de derecho público (art. 236).

Para que el plan de pagos se considere aceptado, será necesario que voten a favor del mismo acreedores que sean titulares, al menos, del 60 % del pasivo. En el caso de que el plan de pagos consista en la cesión de bienes del deudor en pago de deudas, dicho plan deberá contar con la aprobación de acreedores que representen el 75 % del pasivo y del acreedor o acreedores que, en su caso, tengan constituida a su favor una garantía real sobre estos bienes. En ambos supuestos, para la formación de estas mayorías se tendrá en cuenta exclusivamente el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y a los acreedores del mismo.

Si el plan fuera aceptado por los acreedores, el acuerdo se elevará inmediatamente a escritura pública, adquiriendo eficacia ejecutiva. Por el notario o el registrador se comunicará el cierre del expediente al juzgado que hubiera de tramitar el concurso, a fin de que tenga constancia de tal extremo

Si el plan no fuera aceptado, y el deudor continuara incurrido en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. En su caso, instará también del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa (art. 238).

Como se puede apreciar, es un procedimiento de mediación “especial”, donde el papel del mediador es la figura clave porque es quien va a elaborar y proponer la propuesta de solución, “su propuesta de solución”, si bien posteriormente las partes son libres de aceptar la misma o no.

7.3 MOMENTO DE DERIVACIÓN A MEDIACIÓN

Por lo que respecta al momento más adecuado de la derivación a mediación, éste puede variar dependiendo del tipo de asunto que se deriva y de las necesidades del caso concreto de referencia.

El momento adecuado para proceder a la derivación puede variar, habiendo de analizar cada caso individualmente. En algunos asuntos, la derivación temprana puede ser lo más recomendable, antes de que las tensiones entre las partes hayan aumentado. En otros casos, puede darse la circunstancia de que sea recomendable que dicha derivación se retrase para permitir que las partes dispongan de información suficiente que les pueda asegurar que las negociaciones puedan llegar a buen fin, o incluso, en conflictos muy enconados, retrasarlo a fases procesales posteriores.

En general, lo ideal es hacerlo lo antes posible para que las partes sean capaces de tomar una decisión informada sobre su participación en la mediación, evitando que las posiciones de las partes se enconen.

En este sentido, señala DI STEFANO que “una derivación a la mediación en una fase inicial del procedimiento judicial, es decir, justo después de recibir una demanda por las partes, maximiza la utilización de los recursos económicos disponibles y los términos de resolución del caso. Además, inicialmente las partes no han consolidado sus respectivas posiciones antagonistas.

Aunque sea más efectivo remitir un caso a la mediación en un momento anterior, el servicio de mediación debería estar disponible de forma continuada durante el todo el curso del proceso judicial, porque de esta forma se ofrecen mayores oportunidades a las partes que pueden traducirse en mayores oportunidades de acuerdo”⁸⁵⁹.

En general, para la determinación de cuál es el momento idóneo para derivar el asunto a mediación, se habrá de tener en cuenta la capacidad de las partes para comunicarse y la adecuación del asunto y del momento procesal en que se

⁸⁵⁹ DI STEFANO, L., “Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento” en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit. 430.

encuentre. La evaluación de la capacidad de las partes y la suficiencia de la información reunida deben ser la base para determinar el momento adecuado para derivar el caso a mediación.

En los distintos protocolos de actuación y documentos que se han venido elaborando desde el CGPJ, se apunta que, pese a que la derivación se puede realizar en cualquier momento del procedimiento, es conveniente realizarla cuanto antes y se viene diferenciando según sea el tipo de procedimiento para determinar cuál puede ser el momento más indicado para remitir el asunto a mediación.

En las Conclusiones del “Taller de Familia” del *Taller de derivación a la Mediación. Mediación conectada con el Tribunal*, organizado por el CGPJ en mayo de 2010, se señala “en cuanto al momento idóneo para realizar la derivación, que lo ideal sería hacerlo cuanto antes, en el momento de admisión a trámite de la demanda, si bien en el proceso contencioso de separación y divorcio parece difícil hacerlo antes de la contestación a la demanda por parte del demandado, por lo que debería hacerse una vez fijadas las posiciones de ambas partes y con carácter previo al señalamiento de la vista”⁸⁶⁰.

Por su parte, en las Conclusiones del “Taller Civil” se consideró que “la conclusión general es que cualquier momento puede ser adecuado aunque, como regla general, se estima que: 1º No antes de contestar a la demanda, que es cuando se ha podido fijar el objeto del conflicto; 2º Especialmente en la audiencia previa, que se considera el momento y entorno procesal más adecuado para intentar la derivación; 3º Otro momento es el plazo para dictar sentencia, pues una vez practicada la prueba, las partes pueden definir con mayor precisión cuál es su posición en el pleito; 4º También en el momento de ejecución, cuando se presume que se pueden devengar problemas del cumplimiento voluntario, en los casos de cumplimiento por equivalencia”⁸⁶¹.

En el documento de Síntesis del *Grupo de Trabajo PNPM sobre Protocolos de*

⁸⁶⁰ Vid. SOLETO MUÑOZ, H. “La mediación conectada con los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit. 403.

⁸⁶¹ *Ibíd.*, pág. 412.

*Derivación a Mediación*⁸⁶², se señala que los momentos procesales oportunos para proceder a la derivación judicial en el procedimiento ordinario son:

- 1) En el decreto de admisión a trámite y emplazamiento para contestación de la demanda.
- 2) Tras la contestación a la demanda, fijadas las posiciones de las partes, por parte del juez se puede valorar si el tema es mediable o no, comunicándose tal posibilidad en la resolución en la que se señala la audiencia previa.
- 3) Durante la audiencia previa, mediante la comunicación oral del juez.
- 4) En el acto de la vista, mediante comunicación oral del juez .

Respecto del juicio verbal, se apunta que dichos momentos serán:

- 1) En la citación a juicio oral.
- 2) En el acto de la vista, mediante comunicación oral del juez.

Si el proceso se encuentra en ejecución, dichos momento serán:

- 1) Con carácter previo al despacho de ejecución, una vez advertida la naturaleza mediable del conflicto y las dificultades de la ejecución forzosa, se les podrá derivar a la primera sesión informativa.
- 2) Al despachar la ejecución.

Igualmente, en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* se indica que cabe distinguir entre los juicios verbales, donde no hay más trámite entre la admisión de la demanda y la vista, y los demás procesos.

Se señala asimismo en la citada Guía que en el Decreto de admisión a trámite de la demanda habrá de incorporarse un párrafo informando a las partes de la posibilidad de acudir a mediación y de suspender el proceso a tal fin. Además, al dar traslado de la demanda a la parte demandada se habrá de hacer entrega a la misma y a la parte actora de una hoja informativa sobre los centros de mediación a los que pueden dirigirse, así como otra con la comparación entre las características

⁸⁶² <http://www.mediacionesjusticia.com> (pág. 23).

del proceso judicial y el procedimiento de mediación, a fin de que dichas partes tengan información, al menos de forma indiciaria, sobre la mediación.

En los procesos declarativos con contestación por escrito a la demanda, la derivación podrá hacerse una vez se hayan personado ambas partes en el procedimiento y en cualquiera de los siguientes momentos procesales:

- Durante el período que va desde que las partes han sido emplazadas hasta la fecha de la audiencia previa o de la vista. En la resolución convocando a la audiencia previa se incluirá la información relativa a la posibilidad de acudir a mediación, así como las hojas informativas señaladas
- En el acto de la audiencia previa o de la vista. De acordarse la derivación se documentará por escrito.

En los procesos especiales, se procederá a la derivación cuando se pueda acomodar a la fase procesal oportuna.

En los procesos de ejecución, una vez se ha dado traslado del despacho de ejecución al ejecutado, aunque no se haya personado en el procedimiento. En todo caso, se intentará derivar a mediación todas las ejecuciones de hacer, cuando exista conflicto sobre el cumplimiento exacto de lo ordenado en sentencia.

La derivación en el caso de ejecuciones hipotecarias es conveniente realizarla lo antes posible, al solicitar la certificación de cargas y con anterioridad a la convocatoria de la subasta. Aún así, cabría derivar el asunto a mediación incluso hasta la celebración de la subasta, porque incluso tras el anuncio de la subasta y antes del día de la misma, sería posible por el deudor solicitar una quita y por tanto alcanzar algún tipo de acuerdo.

En los procesos concursales, el momento más adecuado sería en el trámite de anuncio de situación pre-concursal previsto en el art. 5 bis de la Ley, en la medida de que, en función de las circunstancias, pueda preverse un beneficio tanto para el deudor como para los acreedores⁸⁶³.

Por lo que respecta a los temas de familia, tal y como se señala en la referida Guía,

⁸⁶³ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion> (págs. 17-18).

“lo primero que es necesario señalar es que no se pueden dar instrucciones detalladas, ya que dependerá de las circunstancias de la unidad familiar y de la urgencia del caso. La LEC deja libertad al juez y esta guía no puede ni debe ir más allá. Se trata, por tanto, de informar sobre las diversas opciones disponibles, sus ventajas e inconvenientes. Hay que tener en cuenta que cada familia y cada situación es diferente por lo que la derivación deberá acomodarse a las circunstancias de cada supuesto”⁸⁶⁴.

Hay que tener en cuenta que los procesos contenciosos de separación y divorcio, pese a ser juicios verbales, tienen trámite de contestación a la demanda por escrito, por lo que posiblemente el momento óptimo para derivar a mediación sea cuando el demandado ya ha contestado a la demanda, al encontrarse definidas las posiciones de ambas partes, y dicha derivación se haría en la resolución convocando a las partes a la celebración de la oportuna vista, dejando un margen de tiempo prudencial para que la mediación pueda llevarse a cabo adecuadamente, sin prisas, siempre y cuando, obviamente, las partes decidan iniciar el procedimiento una vez recibida la sesión informativa.

Los tribunales no deben perder de vista el hecho de que la mediación es en sí misma una herramienta de gestión de conflictos que se puede utilizar para ayudar a las partes a determinar y fijar un calendario para descubrir y debatir sus necesidades y crear así las condiciones más propicias para las negociaciones en orden a la consecución de acuerdos.

Según se apunta en la Guía, el motivo por el que se recomienda efectuar la derivación a mediación cuando el demandado haya contestado a la demanda es porque si éste aún no se encuentra personado en el proceso, es bastante difícil que acuda a la sesión informativa, por lo que es preferible que ya se haya producido la personación en autos del mismo, si bien es evidente que quizá tras la demanda y la contestación las partes se encuentran en el punto álgido de su conflicto.

En el supuesto de que se haya interpuesto solicitud de medidas provisionales, la derivación podría producirse en la misma comparecencia de medidas, toda vez que es en dicho acto cuando va a comparecer por primera vez el demandado y donde

⁸⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 54.

va a contestar a las mismas, por lo que cabe la posibilidad de que el juez en dicha comparecencia exponga a las partes la posibilidad y la conveniencia de acudir a mediación y si éstas acceden suspender la misma para remitirlas a la oportuna sesión informativa, o bien puede no suspender la comparecencia y acordar en el propio auto de medidas que dicte acordar derivar a las partes a mediación. La elección del momento dependerá de la urgencia de las medidas solicitadas y, si se acuerda suspender la comparecencia, el juez habrá de contar con el consentimiento de ambas partes, quienes formalmente habrán de solicitar la suspensión del acto.

En la práctica, las partes, una vez iniciado el proceso judicial, suelen ser bastante reacias a suspender el mismo por dos factores principalmente: la tardanza y la situación de confrontación entre las partes.

Las partes suelen no querer dilatar la solución a su conflicto, y preferir la resolución judicial, puesto que han invertido un tiempo importante para la preparación del proceso, y han esperado probablemente bastantes meses hasta que les han citado a vista, dada la carga de trabajo de los tribunales.

En todo caso, las partes han de ser derivadas a mediación pero sin suspender el curso del proceso, pues como señalaba, para ellas es esencial no dilatar más la resolución. En este sentido, tal y como señalan ZAPATERO GOMEZ, SÁEZ VALCÁRCEL y ORTUÑO MUÑOZ, “se ha de procurar no suspender los actos procesales ya señalados. Pueden aprovecharse los días que median entre los diversos trámites procesales antes de la comparecencia o vista. Si se informa a las partes con ocasión de la comparecencia de medidas previas o provisionales, es preferible que se celebre la comparecencia en la que, además de su contenido normal, se transmitirá la posibilidad de la mediación. La derivación a la sesión informativa puede realizarse de forma coetánea a la notificación de la decisión adoptada respecto de las mismas. Incluso como una medida más”⁸⁶⁵.

En el caso de que se trate de controversias sobre el ejercicio de la patria potestad, previstas en el art. 156 CC, si se solicitan las medidas urgentes previstas en el art.

⁸⁶⁵ ZAPATERO GÓMEZ, J., SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. “Conclusiones”, en SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dirs.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos...*, op. cit., págs. 637-638.

158 del mismo texto legal, el momento más adecuado para derivar a mediación será el de la celebración de la vista de medidas, donde el juez en persona podrá explicar a las partes cuáles son las ventajas que puede ofrecerles la mediación para la gestión de este tipo de conflictos.

Según se señala en la citada *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, si la derivación se produce en el acto de la vista, sea de la comparecencia de medidas o del procedimiento principal, “es conveniente que el juez informe a las partes de las ventajas de la mediación, sobre todo para sus hijos, haciéndoles ver que deben comunicarse de forma respetuosa en todas las cuestiones que afecten a sus hijos, que hay veces que las separaciones producen un bloqueo en esa relación parental y que la mediación sirve precisamente para desbloquear esa situación. Se hará especial mención a las ventajas de abaratamiento de costes, rapidez del procedimiento y facilidad en el cumplimiento de los acuerdos”⁸⁶⁶.

En ocasiones será oportuno proceder a la derivación incluso en la propia sentencia que ponga fin al procedimiento, cuando se considere que es conveniente la mejora de la comunicación entre las partes para tratar de solucionar definitivamente cuestiones relativas a las relaciones de los progenitores con sus hijos que, probablemente y a la vista de la sentencia, puedan dar lugar a problemas de ejecución y a futuros litigios entre los mismos. Esta conveniencia puede derivarse del informe del equipo psicosocial, donde igualmente se puede recomendar la mediación a los progenitores.

Considero muy adecuado, en el caso de los procesos de familia, derivar en fase de ejecución de sentencia, pues en la práctica se ha acreditado que ha dado muy buenos resultados. En estos supuestos, donde las partes después de un, normalmente, largo y complicado proceso judicial, retoman la posibilidad de comunicarse con la otra parte y “recuperan” el control de las decisiones sobre cuestiones tan relevantes como las que atañen a los temas de familia, la mediación se presenta como un recurso más que recomendable, necesario, a fin de poner fin a la ejecución iniciada y evitar ulteriores procesos ejecutivos.

En cuanto al momento adecuado para derivar a mediación, se podría hacer en el

⁸⁶⁶<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion> (pág. 56).

mismo momento del despacho de ejecución, o bien en la vista de oposición a la ejecución. Igualmente, se podría derivar en el auto que resuelva la ejecución, sobre todo cuando existan diversas ejecutorias entre las mismas partes y ello con el objeto de que puedan alcanzar acuerdos sobre todas las cuestiones sobre las que existan discordancias (vacaciones, gastos extraordinarios, régimen de visitas, etc.). Si se trata de un ejecución de medidas de carácter económico exclusivamente, será preferible efectuar la derivación una vez se haya presentado la oposición a fin de que las posiciones de las partes se encuentren determinadas y conocidas por las partes.

En cualquier caso, en fase de ejecución, habrá de ser el órgano derivador, que en este caso muy probablemente será el secretario judicial que es quien mayores competencias ostenta en dicha fase, quien determine el momento oportuno para proceder a la derivación y lo hará en atención a las circunstancias concretas concurrentes en cada asunto. La derivación a mediación en fase de ejecución no suspenderá las actuaciones, salvo que así sea solicitado por las partes.

La derivación a mediación también puede ser adecuada en segunda instancia. Tal y como se señala en la citada Guía, la mediación en segunda instancia presenta sus ventajas, “ya que el momento personal de las partes suele ser distinto que cuando se presentó la demanda. Ha podido producirse un desencanto sobre las soluciones que el proceso contencioso puede ofrecer. Ha transcurrido un tiempo mayor desde la ruptura, por lo que ésta puede haber sido asimilada por las partes, y como tercera ventaja, las cuestiones en las que se muestran enfrentadas en este momento suelen ser menores. La derivación a la sesión informativa podría efectuarse tanto con anterioridad a la resolución del recurso como en la sentencia definitiva”⁸⁶⁷.

En este sentido, según ponen de manifiesto ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, “en el derecho comparado (Holanda y Canadá) se ha mostrado su utilidad en la fase de apelación, pues determinados conflictos ya llegan a la segunda instancia muy focalizados, y si bien algunos de ellos necesitan de la decisión judicial dirimente impuesta coactivamente –porque sería inútil intentar otros

⁸⁶⁷ *Ibíd.*, pág. 56.

camino—, en otros litigios es útil dar una oportunidad al acuerdo después de que todos los argumentos hayan sido expuestos y los ciudadanos se hayan librado ya del mito de la justicia y del mito de abogado infalible”⁸⁶⁸.

7.4 FORMA DE DERIVACIÓN

La presentación de la mediación a las partes por el tribunal se antoja como un elemento fundamental para que entiendan que no se trata de un reflejo o continuación del proceso judicial, sino que participan en una forma de resolución distinta que les ofrece la posibilidad de recuperar la responsabilidad sobre la gestión de su conflicto⁸⁶⁹.

La derivación a mediación debe hacerse de forma que las partes no tengan la impresión errónea de que deben seguir defendiendo sus posiciones ante el mediador como lo hacen ante el tribunal, sino que lo que se les ofrece es un espacio distinto donde puedan hablar de lo que les preocupa y fijar sus objetivos en orden a la búsqueda de un acuerdo que sea satisfactorio para ambas.

La forma de derivación será distinta en cada caso, según el operador jurídico que derive, juez o secretario, y el momento procesal en que se efectúe dicha derivación.

Dependiendo del momento en el que se derive, la información se puede hacer llegar a las partes de forma oral o de forma escrita, a través de decreto, diligencia, providencia, etc..

Tanto en el procedimiento ordinario como en el juicio verbal, tras la reforma operada en la LEC con la aprobación de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, se prevé que se informe a las partes en distintos

⁸⁶⁸ ORTUÑO MUÑOZ, P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos...”, op. cit., pág. 47.

⁸⁶⁹ Tal y como apunta ALASTRUEY GRACIA, “los dueños de los derechos en conflicto son las propias partes, luego también son los dueños de la solución. En la búsqueda de una solución el juez no es el sujeto importante: el juez sólo puede seguir el cauce por el que se debe desarrollar el proceso y llegado el final impondrá a las partes una decisión, pero eso es tanto como dejar que sea el poder público quien decida lo que interesa a cada particular. Quienes conocen perfectamente sus intereses, y pueden llegar a ponderar todos los que hay en juego, son los propios sujetos que sufren el conflicto. Sólo se les debe ayudar a que encuentren un camino hábil para poner paz en su relación conflictiva. El protagonismo de los propios sujetos, además, se verá reforzado en la medida en que sean capaces de cooperar entre sí para lograr la solución, que por proceder de ellos mismos y haber sido consensuada, será, sin duda la mejor solución”. ALASTRUEY GRACIA, R., “Argumentario sobre la búsqueda de soluciones...”, op. cit., pág. 11.

momentos sobre la posibilidad que tienen de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, pudiendo incluso recurrir a la mediación.

En un primer momento, será el secretario judicial el que en la citación para la audiencia previa, –en el procedimiento ordinario–, o para la vista –en el caso del juicio verbal– informará a las partes de la referida posibilidad de recurrir a la mediación para intentar solucionar el litigio.

Sería conveniente acompañar a la comunicación alguna información sobre las características de la mediación⁸⁷⁰.

Además, tal y como se señala en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, en la resolución por la que informa a las partes de la posibilidad de acudir a mediación o en la convocatoria a la sesión informativa, se habría de incluir una mención recordando a las partes que la información acerca de cuál de ellas no ha acudido a la sesión informativa no tendrá carácter confidencial, tal y como se establece en el art. 17 de la Ley 5/2012.

También sería conveniente que se recuerde a las partes en dicha resolución que, de llegar a acuerdo en el procedimiento de mediación, podrían obtener la devolución del 60% del importe de la tasa judicial abonada, en su caso⁸⁷¹.

En los mismos actos de la audiencia previa y de la vista el juez, una vez oídos los motivos de las partes en cuanto a su decisión de acudir o no a la mediación sugerida, tal como se establece en el art. 414 LEC, podrá instar nuevamente a las mismas a que acudan a una sesión informativa y en esta ocasión habrá de hacerlo de forma oral.

⁸⁷⁰ En este sentido, tal y como señalan ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, “en las experiencias piloto que se han desarrollado para la implantación de la promoción de la mediación desde los tribunales, invariablemente se ha experimentado una enorme frustración, porque la primera reacción de los ciudadanos es la de rechazar esta metodología, y mucho más si los abogados desconocen o desconfían del sistema y les inculcan que opten por oponerse a la mediación que les es ofrecida por el juez. Es lógico que este rechazo se produzca, y las razones son evidentes. Por una parte, acudir a la mediación significa interrumpir el juicio y con ello la frustración de las expectativas de victoria. También existe un gran temor ante un nuevo retraso judicial, es decir, si se ha tardado mucho en ser llamado a juicio, intentar ahora un arreglo, que de antemano ya se sabe que no va a fructificar, porque ya lo han intentado con los abogados, va a significar retrasar el juicio y lo que esperan que sea la solución definitiva”. ORTUÑO MUÑOZ, P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos...”, op. cit., pág. 46.

⁸⁷¹ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion> (págs. 59-60).

Entiendo que, ante la oportunidad de tener a las partes y sus abogados presentes, el juez no debe limitarse sin más a instar a que acudan a dicha sesión informativa, sino que habrá de intentar transmitir a las partes por qué él entiende que deberían ir a la misma y por qué la mediación puede ofrecerles una serie de ventajas en particular para la gestión de su asunto.

Hay que tener en cuenta que dicha invitación judicial se produce justo después de que las partes le hayan manifestado previamente su rechazo a acudir a mediación y los motivos de ésta, por lo que el juez habrá de dar su punto de vista y hacer comprender a las partes que ha estudiado detenidamente su litigio y que, llegados a este punto del proceso, entiende que la mediación les puede ofrecer una mejor vía que la judicial para dar una solución óptima a su disputa, por lo que al menos deberían acudir a esta sesión informativa.

En el sentido que venimos comentando, ALASTRUEY apunta que, “el juez debe haberse estudiado perfectamente el caso, tanto como para poder resolver. Pero el estudio del caso no debe ir dirigido a esa toma de posición del juez respecto del litigio, es decir, no debe constituir un pre-juicio, sino que el análisis debe hacerse desde la perspectiva de la búsqueda de lo no discutido y de lo que puede dejarse de discutir.

Si los abogados perciben que el juez ha identificado los términos del litigio, exactamente lo que se alega en demanda y contestación y qué cosas no se discuten, les advierte de lo poco de jurídico que tiene el tema, o de las dificultades para que con la decisión a la cuestión planteada se solucione el problema de las partes, que se advierte distinto o más amplio, o de que ya tienen todas las cartas sobre la mesa y pueden valorar la oportunidad y la estrategia probatoria e incluso las posibilidades de una sentencia favorable..., se abre ya el espacio para la comunicación, se genera en los abogados un ambiente de confianza hacia el juez y de desconfianza hacia sus propias expectativas propiciándose el espacio para negociar con la contraparte.

Pequeños detalles son muy efectivos: hacer referencia a un concreto pasaje de la contestación indicando el folio, o a la apreciación de los distintos informes periciales sobre un defecto concreto y lo que llama la atención la diferencia de

mediciones; o cuestionar si las partes tienen relación de familia (por lo apellidos), son manifestaciones que evidencian la lectura de los escritos y documentos, la preparación de la audiencia por el juez y la importancia de esta vista y de todas las cuestiones que en la misma deben decidirse”⁸⁷².

Por tanto, es fundamental la implicación de los jueces y el conocimiento que de la mediación puedan tener éstos, porque sin dicho conocimiento va a ser imposible que puedan transmitir a las partes los beneficios para las mismas de acudir a la mediación.

Si es el propio juez en persona el que informa adecuadamente a las partes y a sus abogados sobre los motivos de su derivación la probabilidad de que éstos acudan a la sesión informativa va a ser más alta.

El Juzgado habrá de remitir al servicio de mediación, o a la institución de mediación o mediador, que vaya a llevar a cabo la sesión informativa una ficha de derivación en la que habrán de constar una serie de datos como el órgano judicial que deriva, la fecha de la derivación, el tipo de proceso y número de autos, la cuestión o cuestiones sobre las que verse el litigio, el momento procesal en que se encuentra el proceso y, en su caso, fecha del siguiente señalamiento o acto procesal, los datos personales y de contacto de las partes (nombre y apellidos, dirección, teléfono, correo electrónico, etc.), así como los datos de sus abogados y procuradores si los tuvieran, y si hay otras personas que se puedan ver afectadas por el resultado del proceso⁸⁷³.

Una vez recibida la ficha de derivación por parte de la institución de mediación o del mediador oportuno, los mismos acusarán recibo de la misma al tribunal y procederán a convocar a las partes para la celebración de la correspondiente sesión informativa, habiendo de dar cuenta igualmente al tribunal de si las partes han acudido o no a dicha sesión informativa y de si han aceptado o no iniciar el procedimiento de mediación. No tendrá carácter confidencial únicamente la información de qué parte no ha acudido a la sesión informativa, no así la

⁸⁷² ALASTRUEY GRACIA, R., “Argumentario sobre la búsqueda de soluciones...”, op. cit., pág. 10.

⁸⁷³ Vid. modelo de Ficha de derivación de la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* del CGPJ, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion> (págs. 34-35).

información, en su caso, de qué parte no ha querido iniciar el procedimiento de mediación que sí es en todo caso confidencial, reforzándose de esta forma la voluntariedad de la propia institución de la mediación.

8.- GARANTÍAS EN LA MEDIACIÓN: EL CONTROL DE SU CALIDAD

Como señala SOLETO MUÑOZ, “las garantías del proceso se encuentran reguladas en la Constitución y en numerosas normas procesales y materiales, sin embargo, las garantías de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, por su esencia de carácter dispositivo, no ostentan precisamente por ello tal grado de protección legal.

Precisamente la autonomía de la voluntad a través de la que se ejercen aconseja una ligera regulación de los ADR, que garantice su flexibilidad.

Sin embargo, cuando la mediación se convierte en un método anexo o conectado con los Tribunales, se hace preciso establecer garantías legales, y, además, de otro tipo, dada la falta de regulación (necesaria para mantener la flexibilidad).

Así, además del cumplimiento de los elementos normativos establecidos por la ley 5/2012 y el Real Decreto que desarrolla determinados aspectos de dicha ley, se presenta necesario el control de la calidad de la mediación, pero sobre todo la vinculada con los Tribunales, dada la responsabilidad para el Poder Judicial de lo que acontezca con conflictos judicializados derivados a mediación, por definición no perteneciente al Poder Judicial, proveedor de la tutela judicial efectiva”⁸⁷⁴.

Si el control de la calidad de la mediación es necesario en general, en el ámbito de la mediación conectada con los tribunales, el mismo cobra, si cabe, mayor significado.

Para ello la mediación realizada por derivación de los tribunales o conectada con un procedimiento judicial abierto ha de ofrecer tanto a los propios tribunales derivadores, como a los usuarios de la misma, las suficientes garantías.

Tal y como señala MARTÍN DIZ, “si la mediación se conforma en un futuro, como es

⁸⁷⁴ SOLETO MUÑOZ, H; “Las garantías y principios aplicables a la mediación”, 2013, (en prensa).

deseable, en un sistema reglado e institucionalizado, permitirá el control del ejercicio profesional de la mediación y de los procedimientos de mediación para verificar que se efectúan respetando unos niveles mínimos de calidad similares a los de cualquier otro servicio público prestado por la Administración (como puede ser la Administración de Justicia)”⁸⁷⁵.

En las Conclusiones del “Taller de Familia” del *Taller de derivación a la Mediación. Mediación conectada con el Tribunal*, organizado por el CGPJ en 2010, se señalan una serie de recomendaciones respecto a la implementación de mecanismos de control de calidad en la mediación conectada con los tribunales, son los siguientes⁸⁷⁶:

- Se considera muy conveniente realizar encuestas anónimas de evaluación de calidad en los procesos de mediación.
- Igualmente, también es necesario llevar a cabo un seguimiento de los asuntos que hayan pasado por un procedimiento de mediación, a fin de determinar el cumplimiento de los mismos y el grado de satisfacción de los usuarios del servicio.
- En cuanto a cómo conseguir realmente una mediación de calidad, se considera recomendable crear equipos estables de mediadores adscritos a los Juzgados, a fin de generar el necesario clima de confianza entre dichos equipos y Juzgados.
- También se resalta la formación inicial y continua de los mediadores. En este punto, se puso de manifiesto la conveniencia de establecer reuniones entre los centros e instituciones de mediación encargados de la designación de los mediadores y los propios jueces, a fin de establecer los criterios de calidad mínimos para la acreditación por dichos centros e instituciones de sus mediadores.
- En el ámbito del Derecho de Familia, por su propia naturaleza, se entiende que sería apropiada la comediación, por lo que los equipos de mediadores habrían

⁸⁷⁵ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit. pág. 138.

⁸⁷⁶ Vid. SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación conectada con los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., págs. 404-405.

de estar integrados, preferiblemente, por dos mediadores, uno con formación jurídica y otro con formación social (psicólogo, educador social, trabajador social, etc.).

- En cuanto al espacio físico donde realizar a las sesiones de mediación, se considera recomendable llevar a cabo la primera sesión informativa en la propia sede del los juzgados, habiendo de habilitarse por los mismos un local debidamente acondicionado a tal efecto, si bien el proceso de mediación propiamente dicho, si las partes voluntariamente decidiesen su inicio, sería conveniente que se realizase fuera de dicha sede judicial, a fin de que las partes perciban dicho recurso como independiente y de distinta naturaleza al proceso judicial que mantienen abierto.
- También es importante la existencia de una relación fluida entre jueces, mediadores y abogados, a fin de optimizar el correcto desarrollo de la mediación conectada a los tribunales y garantizar la necesaria confianza que ha de existir entre todos ellos.

Por su parte, en el Taller Civil del mismo *Taller de derivación a la Mediación. Mediación conectada con el Tribunal*, se hace alusión a la necesidad de un control institucional de la mediación y se apunta la conveniencia de crear un Centro público de Mediación que cumpla con una serie de cometidos, como⁸⁷⁷:

1. Autorizar el cumplimiento de los requisitos previos en la Ley (medios, acreditación de mediadores, suscripción de seguros de responsabilidad civil, adscripción a códigos deontológicos) por parte de los mediadores y de las instituciones de mediación.
2. Validar la formación necesaria para actuar como mediador.
3. Controlar la calidad y evaluar la satisfacción por las partes, abogados, jueces, secretarios y funcionarios con la mediación, intentada o realizada.
4. Asegurar la existencia de un panel de mediadores y que éstos cumplen con los requisitos exigidos por la normativa o por el propio centro de mediación al que

⁸⁷⁷ *Ibíd.*, pág. 413.

pertenezcan.

5. Designar a los mediadores, bien sean personas físicas o jurídicas, instituciones o centros de mediación.
6. Garantizar la formación continua.
7. Establecer un régimen de infracciones y sanciones.

MARTÍN DIZ establece igualmente una serie de variables que podrían servir para determinar y evaluar la calidad de la mediación⁸⁷⁸:

- Nivel de formación inicial y continua, y experiencia de los profesionales mediadores.
- Nivel de satisfacción/insatisfacción (mediante encuestas, cuestionarios, etc.) de los mediados que hayan sometido su conflicto a una mediación.
- Existencia y cumplimiento de códigos de conducta y buenas prácticas por parte de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación.
- Registro profesional del mediador, ya sea en su ejercicio a título individual y singular o compatible con otra profesión colegiada (abogacía, psicólogo, etc.). La creación de estos registros de mediadores profesionales confirma al ciudadano que la mediación se realizará por personas que cumplen una serie de requisitos legales (en cuanto a formación y capacidad), asegurando con ello un nivel determinado de calidad.
- Mecanismos de control (fundamentalmente formal) del servicio prestado, a través del seguimiento, evaluación e inspección por parte de las entidades y organismos públicos designados al efecto y en el ejercicio de sus competencias o bien, incluso mediante la intervención de analistas u observadores externos (Observatorio de la Mediación, integrado en el CGPJ).
- Elaboración y distribución pública de una *Carta de Servicios* sobre la mediación y los diferentes sistemas de mediación a disposición del ciudadano. En ella se da a conocer la institución, su funcionamiento, y los derechos de los ciudadanos

⁸⁷⁸ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de...*, op. cit. págs. 139-142.

que accedan a la mediación. Del mismo modo pueden incluir los indicadores de calidad del servicio prestado, los compromisos de calidad que se adquieren en la prestación de la mediación, etc.

- Existencia de un sistema de reclamaciones o quejas por prestación inadecuada del servicio, insatisfacción o incumplimiento de cualesquiera de los derechos que le asistan a las partes.
- Régimen disciplinario y sancionador para aquellos mediadores que no desempeñen correctamente sus funciones.

Me parecen adecuadas todas las medidas apuntadas anteriormente y podría ser positiva la creación de un organismo, como los mencionados Centro público de Mediación u Observatorio de la Mediación que velen por la calidad de la misma, pero con competencias efectivas para llevar a cabo los fines anteriormente señalados.

No se prevé en el *Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan de determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* ningún organismo supervisor, delegándose dicha labor, en cierta medida, en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación,.

Sin embargo la inscripción en el mismo tendrá carácter voluntario, por lo que no va a actuar como un mecanismo de control efectivo, aunque se prevea la baja de los mediadores o instituciones que incumplan sus obligaciones normativas.

En el texto del Real Decreto se dispone que la inscripción en el Registro sea una vía para que los jueces comprueben la capacidad del mediador para aprobar el acuerdo, así como para que los notarios hagan lo mismo para elevarlo a escritura pública.

En el documento de Síntesis del *Grupo PNPM sobre Calidad y Código de Buenas Prácticas de la Mediación*, se hacen también una serie de recomendaciones orientadas a garantizar la calidad en la mediación conectada con los tribunales⁸⁷⁹:

- 1) Acertar con la calidad de la mediación ofertada y ofrecer de ello las suficientes

⁸⁷⁹ *Ibíd.*, pág. 44.

garantías a la judicatura desde el primer momento de implantación. Es necesario aportar a la judicatura garantías de la solvencia profesional y experiencia de las instituciones de mediación y de los mediadores

- 2) Ser cuidadoso en la acreditación de las instituciones de mediación previstas en la ley y la formación de los mediadores, implantando registros de mediadores solventes y experimentados
- 3) Coordinar la participación de las distintas instituciones de mediación intervinientes en la mediación intrajudicial, tanto de las ya existentes como de las que pretendan incorporarse
- 4) Tener en cuenta la especificidad del tipo de mediaciones
- 5) Homogeneizar los procedimientos de derivación y sistemas de información estadística
- 6) Usar convenientemente los plazos judiciales para que se pueda invitar a las partes a agotar todos los mecanismos previos de acuerdo
- 7) Considerar los asuntos que en cada jurisdicción puedan considerarse más mediables, e informar de ello a todos los operadores jurídicos
- 8) Publicitar los diferentes roles de los intervinientes como jueces, fiscales, secretarios, abogados, mediadores y otros intervinientes en un sistema de mediación intrajudicial.
- 9) Poner a disposición las infraestructuras judiciales necesarias, y el tiempo para poder realizar varias sesiones de mediación si fuesen necesarias, garantizando la confidencialidad.
- 10) Se recomienda que el escrito de derivación, comunicación a las partes, las sesiones informativas y la comunicación telefónica sean parte del proceso normal y automático, y se hagan por personas preparadas que entienden la mediación.
- 11) Establecer mecanismos de coordinación favorecedores de la mediación, como información a otros procesos judiciales que puedan interferirse, así como

reforzar la ejecutividad de los acuerdos de mediación .

Es preciso que los tribunales lleven a cabo un seguimiento de la implantación de los programas de mediación y de los casos derivados al mismo, y para ello habrán de establecer sistemas de evaluación y control periódicos, además de las actuales estadísticas para el CGPJ, a fin de constatar el correcto funcionamiento del mismo, así como el nivel de satisfacción, no sólo del propio tribunal, sino también de todos los usuarios de dicho programa.

En la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, “se sugiere la posibilidad de dar esa cobertura orgánica mediante la adopción de un acuerdo gubernativo bien del Juez Decano o Junta de Jueces o del Presidente de Audiencia, si el Servicio afecta a más de un órgano jurisdiccional o sección, bien del Juez o Presidente de sección correspondiente si el Servicio sólo se va a utilizar por un Juzgado o sección de la Audiencia Provincial”⁸⁸⁰. (...) “Dado que los servicios de mediación que colaboren con los Juzgados en la implementación de la mediación pueden ser de muy diversa tipología (dependientes de administraciones públicas, asociaciones sin ánimo de lucro, instituciones de mediación públicas o privadas a las que se refiere el art. 5 de la Ley 5/2012) resulta difícil ofrecer un modelo único de acuerdo gubernativo que de cobertura orgánica a esa colaboración. El acuerdo gubernativo debe ir acompañado por una memoria que presentará la institución o asociación que vaya a prestar el servicio de mediación en la que deberán constar los datos de las personas físicas que vayan a realizar la mediación, indicando su titulación y experiencia. Deberá incluir un currículum de los mediadores para que el juez pueda constatar su nivel de calidad y que su titulación cumple las exigencias legales para ser mediador, sobre todo si no se encuentran avalados por una institución pública. Conviene ser extremadamente cuidadoso con esta materia ya que, en la actualidad, ante la falta de reglamentación sobre la materia, hay unas diferencias importantes en calidad y duración de los cursos que se imparten. Esta información debe ser pública. También constará en la memoria la forma de organización del servicio y la coordinación con el Juzgado, los modelos de derivación, lugar donde se desarrollan las sesiones, si tienen carácter gratuito y en general todas las cuestiones necesarias para el funcionamiento del servicio.

⁸⁸⁰<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion> (pág. 47).

Se aconseja que la mediación sea gratuita para las partes, sin perjuicio de que el mediador reciba la oportuna remuneración. Y que el servicio se realice a través de una institución pública, ya que ello garantiza al juez un control por parte de un organismo público.

También resulta aconsejable que los mediadores efectúen una encuesta de satisfacción de los usuarios como forma de realizar un control de calidad del servicio y poder corregir las anomalías que puedan existir”⁸⁸¹.

En todo caso, y ya publicado el Real Decreto de desarrollo de la Ley 5/2012, entiendo que es conveniente que cada partido judicial o el organismo que el CGPJ designe, establezca sistemas de control de calidad sobre los programas que se desarrollan vinculados a los tribunales de su competencia.

También sería conveniente crear una nueva figura, no contemplada legalmente, para la organización, puesta en funcionamiento, desarrollo y calidad de los programas de mediación conectados con los tribunales. Éste sería el administrador o gestor del programa de mediación, cuya labor fundamental sería la de servir de nexo con los tribunales a fin de determinar claramente las políticas, procedimientos y criterios a seguir. Lo normal es que sea el propio programa de mediación quien designe a una persona en particular como responsable de la supervisión y administración del mismo, si bien, una vez incardinado en la Oficina Judicial podría ser un secretario Judicial con formación para ello. Así, en Estados Unidos, normalmente, son los tribunales quienes designan a dichos administradores para dirigir y controlar los programas de mediación conectados con el mismo⁸⁸².

Si los jueces y tribunales tienen la responsabilidad de intervenir en establecer los objetivos del programa, su estructura y procedimiento, también se les debería brindar la posibilidad de intervenir en todos aquellos aspectos del mismo en los que el tribunal tenga algún tipo de implicación directa como la elección de los asuntos a derivar, el tiempo adecuado para hacerlo o la información que se ha de prestar desde el programa al propio tribunal cuando las parte decidan iniciar el

⁸⁸¹Ibíd. pág. 49.

⁸⁸² Vid. MCCRORY. J.P., “Mandated Mediation of Civil Cases in State Courts...”, op. cit., pág. 819.

procedimiento de mediación⁸⁸³.

⁸⁸³ Vid. SENFT, L.P. y SAVAGE, C.A., "ADR in the Courts: Progress, Problems...", op. cit., pág. 347.

CONCLUSIONES

I. La libertad de las personas se configura como un pilar básico. En una sociedad avanzada se han de poner a disposición del ciudadano diversos medios a fin de que éstos puedan decidir informada y libremente de qué forma desean gestionar sus conflictos. La idea de Justicia del siglo XXI pasa por ofrecer al justiciable un buen sistema de gestión y solución de conflictos, y éste será mejor en tanto en cuanto ofrezca diversas posibilidades a fin de que puedan seleccionar la que consideren más adecuada.

La opción de elegir entre el proceso judicial u otros métodos alternativos no ha de plantearse como una disyuntiva rígida y absoluta. La apuesta por vías alternativas o complementarias al proceso judicial en ningún caso implica rehuir o dejar de lado la utilización del mismo.

II. El desarrollo y fortalecimiento de los métodos alternativos de solución de conflictos no ha de obedecer sólo a razones coyunturales con el fin de evitar o descongestionar la excesiva carga de trabajo de los Tribunales. Existen razones de mayor peso como el necesario cambio de cultura sobre el tratamiento y solución de los conflictos al margen de procedimientos judiciales y una demanda social de Justicia que no puede satisfacer únicamente el proceso judicial.

La utilización de los métodos complementarios o alternativos de solución de conflictos ha de configurarse como un derecho fundamental del ciudadano incardinado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, en la más amplia acepción de éste.

III. La implantación de estos métodos alternativos ni ha sido, ni va a ser tarea sencilla. Hay que tener en cuenta las resistencias que se van a producir desde diversos sectores (jueces, abogados, los propios justiciables, etc.), y hay que permitir que éstos participen activamente en el cambio a fin de consensuar el mejor modelo posible que permita dar cumplida respuesta a la situación actual.

IV. La aprobación de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la *Directiva*

2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la reciente aprobación del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, han supuesto el refrendo definitivo de este mecanismo y han consolidado la figura de la mediación civil y mercantil en el ordenamiento jurídico español, conformando un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante.

V. El ámbito objetivo de aplicación de la Ley 5/2012 excluye la mediación penal, la mediación con las Administraciones públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo, si bien dichas exclusiones se deben principalmente a la previsión de su regulación por las normas sectoriales correspondientes.

Nada se señala expresamente en la Ley 5/2012 respecto de los asuntos relativos al Derecho de familia, por lo que sólo quedarían excluidas de su ámbito de aplicación las cuestiones de violencia de género –sobre las que además está expresamente prohibido utilizar la mediación– y aquellas materias que no tengan carácter dispositivo para las partes, pero nada obsta para que pueda ser aplicado al resto de cuestiones que sí entran en el ámbito privado o disponible.

Sería más adecuado crear una Ley de Mediación familiar a nivel estatal que genere criterios comunes que puedan llegar a definir una cierta homogeneidad en la relativa disparidad de la normativa autonómica que trata esta materia.

VI. Los principios básicos de la mediación son la voluntariedad, la imparcialidad y neutralidad, la confidencialidad y la flexibilidad.

Respecto de la regulación que la Ley 5/2012 ha efectuado de la confidencialidad es preciso modificar algunos aspectos, como la inclusión en el régimen de excepciones a la misma de los supuestos en los que el mediador pueda tener conocimiento durante las sesiones de mediación de la existencia de una amenaza o riesgo para la vida o integridad física o psíquica de una persona, o aquellos otros en los que haya tenido conocimiento de la comisión de un hecho delictivo

perseguido de oficio. También sería oportuno clarificar las personas a las que alcanza dicho deber, así como las posibles responsabilidades en caso de incumplimiento del mismo.

VII. Para que la mediación pueda tener futuro es imprescindible abogar por la calidad de la misma y ello pasa ineludiblemente por la profesionalidad en su desempeño. Si no se exige una formación seria y rigurosa y un efectivo control de la calidad y profesionalidad de los mediadores y de las instituciones que hayan de formar a los mismos, la mediación está claramente abocada al fracaso.

Los requisitos de formación finalmente regulados en la Ley 5/2012 y en el Real Decreto 980/2013 de desarrollo de la misma, son insuficientes para garantizar la calidad de la mediación.

La formación del mediador ha de basarse en la adquisición de una serie de conocimientos como aprendizaje interactivo y práctico. El criterio principal para evaluar la formación del mediador no ha de estar tanto en función del número de horas, como de la efectiva calidad y exigencia de los contenidos impartidos, así como de la posterior verificación de la efectiva capacitación del mismo.

Habría sido oportuno establecer la formación específica en mediación a través de una estructura modular, toda vez que dicha estructura aporta una mejor visualización del orden de los contenidos y objetivos, y permite una programación flexible de la formación de los mediadores, en el sentido de que no existe la necesidad de realizar toda la formación en un único curso, pudiendo establecerse un orden sucesivo y coherente en la formación, además de permitir convalidaciones de determinadas materias o módulos en función de la formación de origen de los mismos y la especialización en las materias que estimen conveniente.

VIII. El mediador y las instituciones de mediación habrán de responder ante las partes de su actuación profesional, por lo que habrán de contar con un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, tal y como se exige en la Ley 5/2012 y en el Real Decreto 980/2013.

En todo caso, la relación entre el mediador y las partes es una obligación de medios y no de resultados, por lo que éste en ningún caso será responsable de la no consecución de acuerdos por aquéllas.

El tema de la diligencia profesional del mediador va a ser una cuestión complicada de verificar en caso de una posible reclamación por alguna de las partes que pueda sentirse perjudicada, habiendo ésta de demostrar en todo caso que la conducta del mediador incurrió en el incumplimiento de alguna obligación legal o en una acreditada mala praxis profesional y que, además, dicha infracción o conducta provocó daños y perjuicios que, en todo caso, habrán de ser debidamente probados

IX. La inscripción en el futuro Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, toda vez que no está prevista la creación de un organismo de control de carácter nacional, habría de ser obligatoria para mediadores e instituciones, a fin de acreditar y garantizar del cumplimiento de los requisitos exigidos para poder ejercer profesionalmente la mediación.

En cualquier caso, la mención contenida en el Real Decreto 980/2013, respecto de la comprobación que habrán de realizar el notario o el juez, en su caso, de la condición del mediador, pudiendo para ello acudir directamente al Registro, parece reforzar la importancia de la inscripción, por lo que es de esperar que cuando empiece a funcionar el mismo lo normal será la inscripción de todos los mediadores o instituciones que efectivamente cumplan los requisitos exigidos en la Ley y en el Real Decreto.

X. Una de las características básicas de la mediación y principio rector de la misma es la flexibilidad, por lo que el procedimiento debe adaptarse a la situación concreta a tratar, si bien, obviamente, ello no implica que dicho procedimiento sea totalmente anárquico y desestructurado, han de respetarse una serie de normas mínimas.

En cualquier caso, hay que intentar reducir al máximo los requisitos que estructuran ese procedimiento, buscando los imprescindibles para el correcto desarrollo del mismo y siempre en función del asunto a tratar, de las necesidades de las partes y del propio mediador.

XI. Al igual que sucede con la mediación convencional, la utilización de medios tecnológicos no sirve para todo tipo de asuntos, por tanto hay que velar por que la aplicación de los mismos sea conveniente y adecuada al asunto en particular.

No tiene sentido aplicar dichos medios con carácter general a todo tipo de caso, sino que habrá de realizarse una correcta valoración y selección de los asuntos que habrán de ser gestionados a través de esta vía, por lo que se presenta como imprescindible la garantía de calidad y experiencia de la institución o personas encargadas de prestar dichos servicios.

Algunos de los principales problemas que puede plantear el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos, previsto en el Real Decreto 980/2013, son la eventual desconfianza que genera todo lo desconocido, así como las garantías de seguridad que puedan ofrecer las plataformas e instituciones que presten el servicio.

XII. La tutela judicial efectiva es un derecho básico consagrado constitucionalmente y su eventual puesta en peligro puede generar ciertas reticencias, por ello la paralización de los plazos legales de prescripción y caducidad durante el desarrollo del procedimiento de mediación es una medida necesaria para que la implementación de la mediación tenga el debido éxito y evitar cualquier desconfianza de las partes.

El legislador, con buen criterio y para evitar posibles desincentivos o un mal uso de la mediación, ha previsto la suspensión tanto de los plazos de caducidad, como de los de prescripción para el ejercicio de acciones judiciales frente a la regla general de su interrupción.

XIII. Las cláusulas de sumisión a mediación tienen una eficacia relativa, siendo su mayor potencial el de servir como impulso y difusión de la misma.

Aunque la cláusula de sumisión a mediación se haya introducido previa, voluntaria y conscientemente, si llegado el momento de afrontar la disputa las partes no tienen voluntad de alcanzar acuerdo alguno, dichas cláusulas simplemente serían inútiles, consiguiendo el único efecto de dilatar en el tiempo el inicio del procedimiento judicial u otro de carácter adversarial.

La Ley ha atribuido a este pacto de sumisión a mediación la misma eficacia que la referida al sometimiento a arbitraje y, obviamente, ambos mecanismos son distintos y su eficacia también lo es.

La introducción de las tasas judiciales puede contribuir a que las partes que hayan introducido cláusulas de sumisión a mediación al menos acudan a la primera sesión informativa o intenten efectivamente la mediación, ante el riesgo de ver archivado su procedimiento judicial con las gravosas consecuencias económicas que supondría la interposición de una nueva demanda.

XIV. Es necesario que el mediador tenga conocimientos jurídicos suficientes como para discernir la viabilidad jurídica de los pactos alcanzados por las partes. El mediador no puede permitir que las partes lleguen a concluir acuerdos que no sean viables jurídicamente y ha de detener el procedimiento de mediación antes de que las mismas puedan llegar a tal situación, haciéndoles ver que tales pactos pueden dar lugar a complicaciones legales por lo que lo más recomendable es que comenten esas cuestiones con sus respectivos asesores jurídicos.

De dejarles continuar en el procedimiento y concluir tales acuerdos se estarían creando falsas expectativas en las partes y se estarían igualmente frustrando los fines propios de la mediación. Es más, si el mediador dejase que las partes concluyesen tal acuerdo y luego quisieran elevar el mismo a escritura pública, no podrían hacerlo, por lo que podrían exigir al mediador las posibles responsabilidades en que hubiera podido incurrir por los daños y perjuicios que las partes entiendan les han sido ocasionados.

XV. El acuerdo de mediación tiene eficacia jurídica y es vinculante para las partes, pero *per se* carece de eficacia ejecutiva directa.

Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo de mediación a fin de dotarle de eficacia ejecutiva, pero es una facultad de las partes, no una obligación. Por tanto, si una vez suscrito y firmado el acuerdo de mediación una de las partes es compelida por la otra para su formalización como título ejecutivo y ésta se niega, la parte requirente no podrá forzarla a llevarlo a cabo, quedándole como

única opción en caso de incumplimiento del acuerdo hacer valer su eficacia jurídica en el procedimiento judicial declarativo que corresponda.

Para evitar este tipo de situaciones, pueden proceder de forma inmediata a la formalización como título ejecutivo del acuerdo de mediación, incluso en el propio acuerdo pueden compelerse a hacerlo en el plazo que ambas decidan.

XVI. Pese a la apuesta formal por la mediación desde la Administración, en la práctica, tal y como se deja apuntado en la Disposición adicional tercera del Real Decreto 980/2013, no se va a realizar ningún incremento del gasto público para institucionalizar la mediación, ni siquiera en el ámbito de la mediación conectada con los tribunales, ni por dotarla de una estructura básica que implique la puesta a su disposición de cualquier tipo de recurso material o humano.

XVII. La mediación debe ser parte integrante del derecho de asistencia jurídica gratuita y, además, no sólo ha de serlo una vez se haya iniciado el proceso judicial, sino que se ha de ofertar al ciudadano con carácter previo a la interposición del mismo, a fin de que la mediación cumpla precisamente con la función de evitar la judicialización del conflicto.

La mediación privada, es decir la solicitada por las partes con carácter previo a la interposición del proceso judicial, habrá de ser sufragada por las partes, lo que no ha de obstar a que puedan solicitar, en su caso, el beneficio de asistencia jurídica gratuita si tienen derecho a ello, y a que puedan existir servicios de mediación gratuitos financiados desde diversas instituciones (Ayuntamientos, Comunidades Autónomas, etc.).

XVIII. Sería conveniente que los propios jueces como responsables de la derivación contasen por lo menos con una formación mínima que les permitiese transmitir a las partes y a sus abogados las razones de la derivación a mediación.

El éxito o fracaso de la mediación vinculada a los Juzgados va a depender en gran medida de la actitud y colaboración que los jueces presten en el proceso de implementación de la misma y han de ser conscientes de que tienen a su alcance la posibilidad de incorporar a nuestro sistema de Justicia un nuevo mecanismo que

en determinados supuestos puede ofrecer soluciones más completas que el propio proceso judicial, coadyuvando a mejorar la calidad de dicho sistema.

Para ello, el juez ha de conocer bien los asuntos sobre los que ha de decidir, dedicar un margen de tiempo a identificar los temas conflictivos, a ver los argumentos de las partes, a tratar de separar las cuestiones principales de las accesorias y a intentar determinar un área o espacio donde vea que el acuerdo puede ser posible.

XIX. Los abogados han de prepararse para ofrecer a sus clientes las mejores alternativas posibles frente a un conflicto determinado y para ello han de ir cambiando progresivamente su mentalidad confrontativa a una visión más amplia, integradora, generadora de ideas y soluciones creativas, al margen del litigio y la confrontación.

La mediación supone una nueva posibilidad de negocio para el propio abogado, teniendo en cuenta que uno de los principales problemas que tienen particulares y empresas actualmente es encontrar abogados de perfil colaborativo, que no sólo conozcan las diferentes ramas del Derecho, sino que además ayuden a reducir los conflictos generados por su actividad y gestionarlos de la forma más eficaz y adecuada posible.

XX. El secretario judicial puede realizar una labor fundamental para contribuir a la implementación e impulso de la mediación. La ley le sitúa al frente de los *servicios comunes procesales*, por lo que sería él y no el juez, el profesional encargado de la organización y gestión de la mediación, en el caso de que finalmente se optase por crear un *servicio común procesal* específico para la mediación intrajudicial o conectada con los tribunales.

XXI. Es importante dar a conocer la mediación para impulsar su utilización y, en este sentido, considero conveniente obligar a las partes a acudir a una sesión informativa como requisito previo de procedibilidad en los supuestos o materias que se considere adecuado, si bien limitando dicha obligatoriedad a un período de prueba de unos años para que precisamente tanto los justiciables, como los propios operadores jurídicos puedan conocer la mediación y sus ventajas. La obligatoriedad de la mediación ha de quedarse en la asistencia a la sesión

informativa, en ningún caso puede ir más allá.

La obligatoriedad del intento de mediación en los procesos contenciosos de familia que afecten a menores de edad es perfectamente defendible jurídicamente e incluso constitucionalmente, en virtud de la prevalencia del principio del interés superior del menor expresado en nuestra norma constitucional.

XXII. No todos los litigios pueden ni deben ser derivados a mediación. En el ámbito civil y mercantil, a priori, se puede mediar en todos los asuntos, salvo en las cuestiones civiles derivadas de temas de violencia de género y en aquellos que versen sobre derechos no disponibles para las partes, pero aún así no es adecuada la mediación para todos los casos, por lo que habrá que hacer una adecuada selección de los asuntos a derivar para que la mediación pueda ofrecer los resultados que de ella se esperan.

XXIII. El momento adecuado para proceder a la derivación puede variar, habiendo de analizarse cada caso individualmente. En algunos asuntos, la derivación temprana puede ser lo más recomendable, antes de que las tensiones entre las partes hayan aumentado. En otros casos, puede que sea recomendable que dicha derivación se retrase para permitir que las partes dispongan de información suficiente que les pueda asegurar que las negociaciones puedan llegar a buen fin. En fase de ejecución de sentencias la mediación también está ofreciendo resultados óptimos.

XXIV. La forma de derivación será distinta en cada caso, según el operador jurídico que derive, juez o secretario, y el momento procesal en que se efectúe dicha derivación.

Dependiendo del momento en el que se derive, la información se puede hacer llegar a las partes de forma escrita o de forma oral.

Siempre se habrá de dejar constancia en el proceso judicial de la derivación a mediación y, en su caso, de la aceptación de la misma por las partes. La invitación a acudir a mediación se podrá llevar a cabo en el decreto de admisión a trámite de la demanda, en la resolución citando a las partes a la celebración de la audiencia

previa o a la vista del juicio, en la propia vista o en cualquier otro momento procesal que se entienda oportuno, y la forma de verificarlo podrá ser muy variada (decreto, providencia, diligencia de ordenación, particular inserto en el acta de la vista, etc.).

XXV. Es conveniente que los tribunales lleven a cabo un seguimiento de la implantación de los programas de mediación y de los casos derivados a los mismos, y para ello habrán de establecer un sistema de evaluación y control periódico, a fin de constatar su correcto funcionamiento, así como el nivel de satisfacción, no sólo del propio tribunal, sino también de todos los usuarios de dichos programas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALASTRUEY GRACIA, R., "Argumentario sobre la búsqueda de soluciones negociadas en el proceso civil", disponible en [http: www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).
- "Traslación de la mediación y sus acuerdos al proceso judicial", en LAUROBA, E., BARRAL, I., VIOLA, I., (Dirs.), *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios diversos de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1987.
- *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1991.
- ALCOVER DE LA HERA, C.M., "La mediación como estrategia para la resolución de conflictos: una perspectiva psicosocial", en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos*, Librería-Editorial Dykinson, 2006.
- ALISTE SANTOS, T., "Meditación crítica sobre la mediación como alternativa a la jurisdicción", en MARTÍN DIZ, F. (Coord.) *La mediación en materia de familia y Derecho penal. Estudios y análisis*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011.
- ÁLVAREZ MORENO, M.T., "La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Algunas cuestiones suscitadas al hilo de la propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles", en *Revista del Poder Judicial*, nº 77, Primer trimestre 2005, Consejo General del Poder Judicial.
- ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *Los Principios Generales del Derecho*, Gomylex, Bilbao, 2010.
- *La mediación civil y mercantil (Comentario y Formularios)*, Gomylex, Bilbao, 2012.
- BANDIERI, L.M., "La Negociación", en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos, Madrid, 2007.
- BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

-. “Solución extrajurisdiccional de conflictos en el ámbito empresarial”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de ? conflictos*, Cóllex, Madrid, 2010.

-. “Solución extrajurisdiccional de conflictos con ojos de mujer: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, en ETXEBARRÍA ESTANKONA, K. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir.), *La resolución alternativa de conflictos*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010.

-. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

-. BARRAL, I., LAUROBA, E., MARTÍN, A. et al., “El concepto jurídico de la mediación”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRE, J y POBLET, M. (Eds.) *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2009.

-. BARRETT, J.T., *A History of Alternative Dispute Resolution*, Jossey-Bass, San Francisco, 2004.

-. BELLO JANEIRO, D., “Conflictos transfronterizos y arbitraje internacional”, en GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Dir.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2010.

-. BELLOSO MARTÍN, N., “Una propuesta de Código Ético de los mediadores”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 15, 2007.

-. “Un paso más hacia la desjudicialización. La Directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista Eletronica de Direito Processual*, Vol. II, 2008.

-. BENVENUTO VIGNOLA, L.D., “La mediación civil y comercial obligatoria”, disponible en: <http://www.0223.com.ar/a/80c2942f-2158-447b-8233-0161afbdebde>.

-. BERNAL SAMPER, T., “Conflicto y mediación”, en HEREDIA CERVANTES, I., *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008.

- BLANCO CARRASCO, M., "La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLII, 2009.
- BOLAÑOS CARTUJO, I., "Mediación familiar en contextos judiciales", en POYATOS GARCÍA, A. (Coord.), *Mediación familiar y social en diferentes conceptos*, Nau Llibres, Valencia, 2003.
- BONET NAVARRO, A. (Dir.), *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.
- BRAZIL, W.D., "Court ADR 25 Years After Pound: Have We Found a Better Way?", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 18:1 2002.
 - "Should Court-Sponsored ADR Survive?", *Ohio Journal on Dispute Resolution*, Vol. 21:2 2006.
- BROOKE, H., "Mediation in the UK today", disponible en <http://www.cedr.com>.
- BUTTS GRIGGS, T., "La mediación en los Estados Unidos: contexto y experiencias", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 2005.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M., "La mediación ante el secuestro internacional de menores", *Riedpa.com, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, www.riedpa.com, Nº 1 2011.
- CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho procesal civil*, Vol. I, Buenos Aires, 1962.
- CALVO BABÍO, F., "La mediación en la sustracción internacional de menores", en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2006.
- CARNELUTTI, F., *Sistema del Diritto Processuale Civile*, I, Padova, 1936.
 - *Teoría general del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
 - *Derecho y Proceso*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., "Mediación en el ámbito familiar: marco normativo", en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos, Madrid, 2007.

-. “Mediación en violencia de género, una solución o un problema”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de ? conflictos*, Cóllex, Madrid, 2010.

-. “Mediación en el ámbito familiar”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.

-. COLMENERO GUERRA, J.A., “Consideraciones sobre los anteproyectos de Ley de Mediación y de Reforma de la Ley de Arbitraje”, disponible en <http://www.codigosdeconducta.com>.

-. COOLEY, J.W., *The Mediator’s Handbook. Advanced Practice Guide for Civil Litigation*, NITA Editorial Board, Notre Dame, Indiana, 2000.

-. CORDÓN MORENO, F. y SÁNCHEZ POS, M.V., *La Ley de Medidas de Agilización Procesal y la Ley de Mediación: Exposición de las reformas recientes de la Justicia Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

-. CORTES DOMÍNGUEZ, V., “La Constitución Española y los principios rectores del proceso civil”, en *Principios constitucionales en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

-. COSTA GARCÍA, M., GALEOTE MUÑOZ, M.P. y SEGURA GÁLVEZ, M., *Negociar para con-vencer. Método, creatividad y persuasión en los negocios*, McGraw-Hill, Madrid, 2004.

-. COSTELLO, E.J., “Whether and When to use Alternative Dispute Resolution”, en ATLAS, N.F., HUBER, S.K. y TRACHTE-HUBER, E.W. (Eds.), *Alternative Dispute Resolution. The Litigator’s Handbook*, ABA Publishing, Chicago, 2000.

-. CUTOLO, D. y SHALABY, M.A., “Mandatory Mediation and the Right to Court Proceedings”, en *Dispute Resolution International*, Vol. 4, Nº 1, May 2010.

-. DE LA OLIVA SANTOS, A., “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”, en *Otrosí*, núm. 8, octubre-diciembre 2011, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

-. “La determinación de los hechos y la prueba”, en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

-. DI STEFANO, “Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.

- DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, 3ª ed., Barcelona, 1993.
- DUMOULIN, L., "La formation des mediateurs après l'adoption de la Directive 2008/52/CE (perspective française)", en HUALDE MANSO, T. (Dir.), *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, La Ley, Madrid, 2013.
- DUPLÁ MARÍN, M.T. y ENZLER FANDOS, S., "La figura del mediador: herramienta para garantizar la calidad en la implementación de la normativa europea sobre mediación", en HUALDE MANSO, T. (Dir.), *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, La Ley, Madrid, 2013.
- ESCUDERO ALDAY, R., "Prólogo" en MARTÍN PALLÍN y PECES MORATE, *La Justicia en España*, Catarata, Madrid, 2008.
- ESPLUGUES MOTA, C., "Mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de mediación de 2012", en EXTEBERRÍA GURIDI, J. F. (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.
- ESTEVE GARCÍA, G., "Las leyes autonómicas españolas: los conceptos básicos", en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.), *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011.
- ETXEBARRÍA GURIDI, J.F., "Análisis de la normativa autonómica sobre mediación en asuntos de derecho privado y la incidencia en ella de la normativa estatal", en ETXEBARRÍA GURIDI, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.
- EXTEBARRÍA ESTANKONA, K., "La mediación familiar en la Comunidad Autónoma del País Vasco. La Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar", en EXTEBARRÍA ESTANKONA, K. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.), *La resolución alternativa de conflictos*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010.

- FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990.
- FAJARDO MARTOS, P., "Estrategia y Mediación", *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*, Huygens Editorial, Barcelona, 2009.
- "La posición del abogado en el proceso de mediación". Disponible en:
<http://www.congresomediacion.es/pdf/PAULINO%20FAJARDO.pdf>
- FAJARDO MARTOS, P. y SANZ PARRILLA, M., "La Mediación como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos en Derecho de Seguros y Reaseguros", en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*, Huygens Editorial, Barcelona, 2009.
- FEMENIA, N., «Mediación familiar online: ¿ayuda o desafío?», disponible en:
http://www.norafemenia.com/im/mediaciondivorcioonline_files/frame.htm
- FENECH, M., CARRERAS, J., *Estudios de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1962.
- FERNÁNDEZ MANZANO, M.L., "La calidad de los servicios de mediación: el compromiso ético de las entidades que los gestionan, la supervisión de la labor mediadora y la formación profesional de los mediadores, instrumentos clave para alcanzarla", comunicación presentada en el marco del *III Simposio Tribunales y Mediación en España*, celebrado en Madrid los días 26 y 27 de septiembre de 2013, disponible en: [http:// www.mediacionesjusticia.es](http://www.mediacionesjusticia.es).
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS GONZÁLEZ, E.C., "Principios de la mediación: rol y técnicas de comunicación", en SORIA, M.A., VILLAGRASA, C. y ARMADANS, I., *Mediación familiar*, Editorial Bosch, 2008.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990.
- FISHER, R., KOPELMAN, E., KUPFER SCHNEIDER, A., *Más allá de Maquiavelo (Herramientas para afrontar conflictos)*, Granica, Buenos Aires, 2006.
- FISHER, R., URY, W. y PATTON, B., *Obtenga el sí*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1996.
- FOLBERG, J., TAYLOR, A., *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, Jossey-Bass, 1ª ed., San Francisco, 1984.

- FONT-GUZMÁN, J., "Programas de derivación judicial en Estados Unidos", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.
- FREIRE PÉREZ, R., "La posición del Juez ante la mediación: ¿Espectador, participante, garante?", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- GALEOTE MUÑOZ, M.P., "La mediación", en HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coord.) *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- GARCÍA CUBERO, G., "Mediación por medios electrónicos: procedimientos y herramientas", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.
- GARCÍA GARCÍA, L., "La mediación: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares", en MORENO CATENA, V., DAMIÁN MORENO, J., GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. y otros, *El Proceso en el Siglo XXI y Soluciones Alternativas*, Centro de Estudios Jurídicos, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- GARCÍA PRESAS, I., *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*, La Ley, Madrid, 2009.
 - *La mediación familiar desde el ámbito jurídico*, Editorial Juruá, Lisboa, 2010.
- GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. y BOLAÑOS CARTUJO, I., *La mediación familiar: una aproximación interdisciplinar*, Asociación de Mujeres Separadas y Divorciadas de Asturias, Gijón, 2006.
- GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Materiales para la práctica de la mediación. Esquemas, cuestiones y formularios para el ejercicio de una profesión en alza*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.
- GARCIMARTÍN MONTERO, R., "La función conciliatoria de la Audiencia Previa en el Juicio Ordinario", en *Revista del Poder Judicial*, nº 82, Consejo General del Poder Judicial, segundo trimestre 2006.

- GIL DE ALBURQUERQUE, R., "Concepto y técnica de la mediación en el conflicto laboral", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.
- GIL NIEVAS, R., "La Directiva de Mediación en la Unión Europea", en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva multidisciplinar*", Dykinson, Madrid, 2006.
- GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981.
- *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2012.
- GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, R., "Estructura y organización de la nueva oficina judicial", *Diario La Ley*, Nº 7016, 19 septiembre 2008.
- GONZÁLEZ CANO, I., "Los métodos alternativos de resolución de conflictos", en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos, Madrid, 2007.
- GONZÁLEZ MARTÍN, L. A., "Aspectos procesales de la Ley de Mediación", *Iuris, Actualidad y Práctica del Derecho*, 183, enero 2013.
- GONZÁLEZ PILLADO, E., "Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- "La mediación en materia de consumo", en GONZÁLEZ PILLADO, E. (Dir.), *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Tecnos, Madrid, 2012.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. y PENÍN ALEGRE, M.L., "Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología", en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de ? conflictos*, Cólex, Madrid, 2010.
- GONZALO QUIROGA, M., *Métodos alternativos de solución de conflictos*, Librería-Editorial Dykinson, 2006.
- GRANDE SEARA, P., "Ámbitos objetivo y subjetivo de la mediación familiar en la legislación autonómica", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- "El procedimiento de mediación en materia de consumo", en GONZÁLEZ PILLADO, E. (Dir.), *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Tecnos, Madrid, 2012.
- GRAZIA MISTÓ, P., *La nuova mediazione civile e commerciale. D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010.

- GRENIG, J.E., *Alternative Dispute Resolution*, Vol. I, Third Edition, Thomson Reuters West, 2011.
- GUASP, J., *Concepto y Método de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1997.
- GUILLERMO PORTELA, J., "Características de la mediación", en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos, Madrid, 2007.
 - "Estructura y fases de la mediación", en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos, Madrid, 2007.
- GUMBINER, K., "An Overview of Alternative Dispute Resolution", en ATLAS, N.F., HUBER, S.K. y TRACHTE-HUBER, E.W. (Eds.), *Alternative Dispute Resolution. The Litigator's Handbook*, ABA Publishing, Chicago, 2000.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., "Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales de construcción", en GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2010.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., "Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias", en HEREDIA CERVANTES, I., *Medios Alternativos de solución de controversias*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, BOE, Madrid, 2008.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- HINOJOSA SEGOVIA, R. y CUBILLO LÓPEZ, I., "El arbitraje", en HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coord.), *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- HOYO SIERRA, I.A., "La idoneidad de los métodos alternativos de solución de conflictos", en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2006.
- JIMÉNEZ, D. y FRANCO, O., "La mediación en España: retraso en la transposición de la directiva de mediación", *Derecho y Noticias Jurídicas*, 27-09-2011, <http://www.diariojuridico.com>.

- LANDE, J., "Commentary: Focusing on Program Design Issues in Future Research on Court-Connected Mediation", *Conflict Resolution Quarterly*, Vol. 22, no. 1-1, Fall-Winter 2004.
- LAPASÍO CAMPOS, L. y RAMÓN MARQUÉS, E., "El proceso en la mediación familiar", en SORIA, M.A., VILLAGRASA, C., ARMADANS, I. (Coords.), *Mediación familiar*, Editorial Bosch, 2008.
- LEDERACH, J.P., *El abecé de la paz y los conflictos. Educación para la paz*, Catarata, Madrid, 2000.
- LOBO GUERRA, M. y SAMPER LIZARDI, F., "¿Es posible la mediación en aquellos casos en los que ha existido violencia de género?", en GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. y SOLETO MUÑOZ, H. (Dirs.), *Sobre la mediación penal. (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, R., "La conciliación laboral tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.) *Mediación y Resolución de Conflictos. Técnicas y ámbitos*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.
- LORCA NAVARRETE, A., *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Mediación "en asuntos civiles y mercantiles" elaborado por el Ministerio de Justicia del Gobierno de España "con los efectos procesales que de ella derivan"*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2010.
- LUNA SERRANO, A., "Sobre la prevención de los conflictos y el sometimiento a arbitraje de la superación de la controversia", en GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, REUS, Madrid, 2010.
- LUQUÍN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson, Civitas, Pamplona, 2007.
- "Contestación al cuestionario presentado a los participantes de la Mesa Redonda *Problemas de la implantación de la mediación intrajudicial desde los Juzgados de Familia*. Síntesis y valoraciones sistematizadas", en SÁEZ VALCÁRCCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dirs.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.

- "Los principios de la mediación", en HUALDE MANSO, T. (Dir.), *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, La Ley, Madrid, 2013.

- MACKIE, K., MILES, D., MARSH, W. y ALLEN, T., *The ADR Practice Guide. Commercial Dispute Resolution*, Tottel Publishing, London, 2007.

- MARÍA WEYRAUCH, I.E. y ELVIRA FARALL, M., *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*, Ámbito Registral, Buenos Aires, 2008.

- MARINARO, M., "La doppia obbligatorietà della mediazione. In vigore dal 21 settembre 2013". Disponible en:

<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/civile/civile/primiPiani/2013/09>.

- MARQUES CEBOLA, C. "Los sistemas de mediación pública en Portugal: una visión comparativa con las experiencias de mediación en España", en MARTÍN DIZ (Coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho penal: Estudios y análisis*, Tórculo Ediciones, La Coruña, 2011.

- *La mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

- MARTÍ BALDELLOU, C., "En torno a los nuevos principios de la mediación", en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011.

- MARTÍN AMAYA, J.L., *Mediación y recuperación de deudas en Derecho Español*, Hispalex Editorial, Sevilla, 2012.

- MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, CGPJ, Madrid, 2010.

- *La Mediación en materia de familia y Derecho penal. Estudios y análisis*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011.

- "La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de Administración de Justicia", en MARTÍN DIZ, F. (Coord.) *La mediación en materia de familia y Derecho penal. Estudios y análisis*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011.

- MARTÍN NÁJERA, T., PÉREZ SALAZAR, M. y UTRERA GUTIERREZ, J.L., "Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia", *Revista de Mediación*, Año 2, Nº 4, octubre 2009.

- MARTÍN PALLÍN, J.A. y PECES MORATE, J.E., *La Justicia en España*, Catarata, Madrid, 2008.
- MAYER, B., *The Dynamics of Conflict Resolution. A Practitioner's Guide*, Jossey-Bass, San Francisco, 2000.
- MCADOO, B. y WELSH, N., "Look Before You Leap and Keep on Looking: Lessons from the Institutionalization of Court-Connected Mediation", *Nevada Law Journal*, Vol. 5:399.
- MCADOO, B., "All Rise, the Court Is in Session; What Judges Say About Court-Connected Mediation", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 22:2 2007.
- MCCRORY, "Mandated Mediation of Civil Cases in State Courts: A Litigant's Perspective on Program Model Choices", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol 14:3 1999.
- MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid, 2009.
- MENKEL MEADOW, C., "Roots and inspirations. A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution", en BORDONE, R.C. y MOFFIT, M.L. (Dir.) *Handbook of Dispute Resolution*, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.
- MOORE, C.W., *El proceso de mediación*, Granica, Buenos Aires, 2006.
- MORELLO, L., "Parte la mediazione obbligatoria. Vediamo nel dettaglio come". Disponible en:
<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/civile/civile/primiPiani/2013/09>
- MORENO CATENA, V., "La resolución jurídica de conflictos", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de Conflictos. Técnicas y ámbitos*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.
- MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2000.
- MORENO CATENA, V., CORTES DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MORENO CORDERO, G., "La Directiva Comunitaria 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (especial referencia a la mediación de consumo en el ordenamiento español)", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XXIV, 2009.

- MORENO MARTÍN, F. "La Mediación y la evolución histórica de la idea de conflicto", en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de ? conflictos*, Cóllex, Madrid, 2010.
- NAOUM, S., "An overview into the concept of partnering, en *International Journal of Project Management*, 2003.
- NOLAN-HALEY, J.M., "The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound", *Cardozo Journal Of Conflict Resolution*, Vol. 6:57.
- NOVEL MARTÍ, G., *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Reus, Madrid, 2010.
- NUÑEZ OJEDA, R., *Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2009.
- OLIVENCIA RUIZ, M., *Arbitraje: una Justicia alternativa (una visión histórica desde la nueva Ley)*, Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006.
- ORFANOU, M., "La mediación en asuntos civiles y mercantiles en Grecia. Panorama actual y una perspectiva comparativa: comentario a la Ley 3898/2010", *Riedpa.com, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, www.riedpa.com, Nº 1, 2011.
- "La mediación en casos de secuestro internacional de menores", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, 2ª Ed. Tecnos, Madrid, 2011.
- ORTIZ GONZÁLEZ, A. L., "Dilaciones indebidas en el proceso civil. Experiencias y propuestas desde el Defensor del Pueblo", en MORENO CATENA, V., DAMIÁN MORENO, J., GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. et al., *El Proceso en el Siglo XXI y Soluciones Alternativas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- ORTIZ PRADILLO, J.C., "La mediación en la Unión Europea: la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles", en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de ? conflictos*, Cóllex, Madrid, 2010.
- "Estudio doctrinal. Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Núm. 2135, Año LXV, octubre de 2011.

- . ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, Documento de trabajo 110/2007, *Revista de la Fundación Alternativas*.
- . ORTUÑO MUÑOZ, P., “El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, de 19 de abril de 2002, de la Comisión de las Comunidades Europeas”, *Iuris-La Ley*, nº 77, noviembre 2003.
 - . “El proyecto de directiva europea sobre la mediación”, en RUIZ MARÍN, M.J. (Dir.), *Mediación y protección de menores en Derecho de Familia*, Cuadernos de Derecho Judicial V-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
 - . *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Thomson, Civitas, Navarra, 2006.
 - . “El papel del abogado en la mediación”, *Abogados*, octubre 2009.
 - . “La mediación intrajudicial”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011.
 - . “A modo de conclusiones: la implantación de la mediación intrajudicial”, en POMPEU CASANOVAS, JAUME MAGRÉ y M^a. ELENA LAUROBA (Dirs.), *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011.
- . OTERO PARGA, M., “Las raíces históricas y culturales de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.
 - . “Ventajas e inconvenientes de la Mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos, Madrid, 2007.
 - . “La ética del mediador”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- . OUBIÑA BARBOLLA, S., “La distancia que les separa, la distancia que nos separa: mediación en casos de violencia doméstica en España y en otros sistemas”, en GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. y SOLETO MUÑOZ, H. (Dirs.), *Sobre la mediación penal. (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

- "Los arbitrajes de consumo especiales: colectivo y electrónico", en GONZÁLEZ PILLADO, E. (Dir.), *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Tecnos, Madrid, 2012.
- PASTOR PRIETO, S. y VARGAS PÉREZ, C., "El coste de la justicia: datos y un poco de análisis", en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial.
- PASTOR PRIETO, S., "Eficiencia y Medios Alternativos", en HEREDIA CERVANTES, I., *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008.
- "Justicia y Economía: Panorámica, crítica e implicaciones", en *Justicia y Economía*, Manuales de Formación Continuada Consejo General del Poder Judicial, nº 49, Madrid, 2010.
- PEDRAZ PENALVA, E., "El proceso y sus alternativas", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995.
- PELAYO LAVÍN, M., "La mediación familiar en las Comunidades Autónomas", en MARTÍN DIZ, F. (coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho penal: Estudios y análisis*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011.
- PÉREZ PUERTO, A., "Mediación civil y familiar en Cataluña (y IV). Fuentes, legislación y bibliografía", *Noticias Jurídicas*, julio 2010.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *Introducción al Derecho Procesal*, Andavira, A Coruña, 2010.
- PERULERO GARCÍA, D., "Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- PRATS ALBENTOSA, L., "Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles", *Diario La Ley*, Nº 7625, Sección Tribuna, 9 Mayo 2011.
- PRESS, S., "Formación de Mediadores y Cualificación – Tribunales del Estado de Florida", en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011.

- PUJADAS TORTOSA, V., “Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica”, en *Revista Española de la Corte de Arbitraje*, Vol. XVIII, 2003.
- PUY MUÑOZ, F., “La expresión *Mediación Jurídica*. Un análisis tópico”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos, Madrid, 2007.
- QUEK, D., “Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program”, en *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 11:479, 2010.
- QUINTANA GARCÍA, A., “El papel de las instituciones de mediación”, *Lawyerpress*, 27 de abril de 2013, Disponible en:
http://www.lawyerpress.com/news/2013_04/2704_13008.html.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, 8ª ed., Atelier, Barcelona, 2010.
- RAU, A.S., SHERMAN, E.F. y PEPPE, S.R., *Mediation and other non-binding processes*, 2ª ed., Foundation Press, New York, 2002, pág. 220.
- REDORTA LORENTE, J., “Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos”, en *Revista de Mediación*, Año 2, Nº 3, Marzo 2009.
 - “La justicia del futuro”, en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*, GEMME, Barcelona, 2009.
- RÍOS MARTÍN, J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, Madrid, 2008.
- RIPOL-MILLET, A., *Familias, trabajo social y mediación*, Paidós, Barcelona, 2001.
- ROBERTS, S., PALMER, M., *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- ROBLES GARZÓN, J.A. (Dir.-Coord.), *Conceptos básicos de Derecho procesal civil*, Tecnos, Madrid, 2008.
- ROBLES LATORRE, P., “Apuntes sobre la Directiva de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre 2008.
- ROMERA ANTÓN, C., “Mediación penal: mediando en conflictos violentos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.

- SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dirs.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.
- SAIZ GARITAONENDIA, A., “Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- SALVADOR CORDECH, P., TARRAZÓN RODÓN, M.M., RUIZ GARCÍA, J.A. y GILI SALDAÑA, M.F., “Mediación empresarial”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2009.
- SANDER, F. y ROZDEICZER, L., “Selecting an Appropriate Dispute Resolution Procedure. Detailed analysis and simplified solution”, en MOFFITT, M.L. y BORDONE, R.C., *Handbook of Dispute Resolution*, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.
- SANDER, F.A., “Another view of Mandatory Mediation”, *Dispute Resolution Magazine*, 2007.
- SANZ PARRILLA, M., “El uso de medios electrónicos en la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- SENFT, L.P. y SAVAGE, C.A., “ADR in the Courts: Progress, Problems and Possibilities”, *Penn State Review*, Vol. 108:1
- SERRANO CASTRO, F., “La mediación familiar intrajudicial”, en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- SINGER, L.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Barcelona, 1996.
- SOLETO MUÑOZ, H. y AVILÉS NAVARRO, M., “La conciliación de los Secretarios Judiciales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.
- SOLETO MUÑOZ, H. “La mediación vinculada a los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos, Madrid, 2007.

- "La Mediación en la Unión Europea", en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos, Madrid, 2007.
- "Mediación laboral. Mediación comunitaria", en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.
- "El proceso de mediación", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- "Negociación", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- "La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional", en GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. y SOLETO MUÑOZ, H. (Dirs.), *Sobre la mediación penal. (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.
- "La mediación conectada con los tribunales", en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, 2ª ed, Tecnos, Madrid, 2013.
- "Presente y futuro de la resolución de conflictos", en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, 2ª ed, Tecnos, Madrid, 2013.
- "Las garantías y principios aplicables a la mediación", 2013, (en prensa).
- SORIA, M.A., VILLAGRASA, C. y ARMADANS, I., *Mediación familiar*, Editorial Bosch, 2008.
- SOUTO GALVÁN, E. y MORCILLO JIMÉNEZ, J.J., "Necesidad de un procedimiento de mediación: una propuesta", comunicación presentada en el marco del III Simposio Tribunales y Mediación: "Balance de un año de vigencia de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil", celebrado en Madrid los días 26 y 27 de septiembre de 2013.
- STRECKER, C., "Fallo y arreglo de conflictos. Propuesta para una tipología de conflictos y formas de intervención", en GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J., VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dirs.), *Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2010.

- SUQUET CAPDEVILA, J., "Online Dispute Resolution (ODR): una visión jurídica del estado del arte tecnológico", en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXIII, 2010.
- TARUFFO, M., "Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos", en TARUFFO, M., ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y CANDAU PÉREZ, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
 - *Páginas sobre Justicia Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- URY, W.L., BRETT, J.M., GOLDBERG, S.B., *Cómo resolver las disputas. Diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1995.
- UTRERA GUTIERREZ, J.L., "La mediación familiar como instrumento para mejorar la gestión judicial de los conflictos familiares: la experiencia de los Juzgados de Familia de Málaga", en SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dir.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.
- VALERO LLORCA, J. y COBAS COBIELLA, M.E., "La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión", *Diario La Ley*, Nº 7987, 19 de diciembre de 2012.
- VALL RIUS, A., "Gestión cooperativa de conflictos: Medarb y otras figuras posibles", en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de ? conflictos*, Cóllex, Madrid, 2010.
 - "Sistemas mixtos de gestión colaborativa de conflictos", en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dir.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011.
- VALL RIUS, A., FERNÁNDEZ, J., FITÉ, J., GUILLAMAT, A. et al., "La mediación en el ámbito familiar", en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2009.

-. VECINA CIFUENTES, J., “Estrategias ante el conflicto: ¿negociar o litigar?”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de ? conflictos*, Cóllex, Madrid, 2010.

-. VIDAL TEIXIDÓ, A., “Los Códigos de buenas prácticas”, en LAUROBA, E., BARRAL, I., VIOLA, I., *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011.

-. VILALTA NICUESA, A.E., “Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2009.

-. “Un excursus previo: el estudio comparado de la mediación”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.), *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011.

-. *Mediación y arbitraje electrónicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

-. VINYAMATA CAMP, E., “Introducción a la Conflictología”, en GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2010.

-. VIOLA DEMESTRE, I., “La confidencialidad en el procedimiento de mediación”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011.

-. “La forma de la mediación y sus acuerdos (especial referencia a su regulación en la Ley 15/2009, de 22 de julio, sobre mediación en el ámbito del derecho privado)”, en LAUROBA, E., BARRAL, I., VIOLA, I. (Dirs.), *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011.

- "La mediación en la empresa familiar", en SOLETO MUÑOZ, H., *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- WARD, E., "Mandatory Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the United States Federal Courts: Panacea or Pandemic?", *St. John's Law Review*, Vol. 81:77, 2007.
- WELSH, N., "The Place of Court-connected Mediation in a Democratic Justice System", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 5:117
- "Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got To Do With It?", *Washington University Law Quarterly*, Vol. 79:787
- WIEGAND, A., "A Just and Lasting Peace: Supplanting Mediation with the Ombuds Model", en *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1, 1996.
- WISSLER, R.L., "Court-Connected Mediation in General Civil Cases: What We Know from Empirical Research", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 17:3 2002.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., "La mediación en las relaciones empresariales: el equilibrio de las partes en conflicto", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- "La mediación empresarial conforme a la Ley 5/2012", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.
- ZAPATERO GÓMEZ, J., SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. "Conclusiones", en SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dirs.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.
- ZIMMERMAN, S., "Judges gone wild: why breaking the Mediation confidentiality privilege for acting in "bad faith" should be reevaluated in Court-ordered Mandatory Mediation", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 11:353
- 4º Barómetro Externo de Opinión, "La imagen de los Abogados y de la Justicia en la sociedad española, julio de 2011 por Metroscopia, Estudios Sociales y de Opinión, para el CGAE, Consejo General de la Abogacía Española.

- Estudio de GEMME (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación, creado en el año 2004 para impulsar y prestigiar la mediación desde la propia Administración de Justicia como medio alternativo al proceso judicial clásico),
- Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, Consejo General del Poder Judicial.
- Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, Consejo General del Poder Judicial,
- Informe al Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores, realizado por el Consejo General del Poder Judicial, de fecha 24 de enero de 2013,
- Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 19 de abril de 2002, COM (2002) 196 final.
- Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 8 de abril de 2011.
- Síntesis del *Grupo de Trabajo PNPM sobre Protocolos de Derivación*.
- Síntesis del *Grupo de Trabajo PNPM sobre Calidad y Códigos de buenas prácticas*

Webgrafía

<http://aryme.com/metodos-adr/adjudicacion>.

<http://aryme.com/metodos-adr/evaluacion-neutral>.

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_es.htm

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_aus_es.htm.

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf.

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_es.htm

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_list_org_en.pdf.

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_eng_es.htm.

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_fra_es.htm.

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_es.htm

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ita_es.htm.

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_swe_es.htm.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0010:ES:NOT>
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998H0257:ES:NOT>
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:ES:NOT>
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001H0310:ES:NOT>
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0021:ES:NOT>
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:ES:PDF>.
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0196es01.pdf.
<http://fsima.es>.
<http://mediacionesjusticia.com/category/pnpm>.
<http://mediacionesjusticia.com/simposio-2013>.
<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201007-12302893666.html>
<http://prensamarplatense/2012/05/20/la-mediacion-civil-y-comercial-obligatoria>.
http://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution.html.
http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents.html.
http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_1080_1.pdf.
http://www.centrode mediacionmurcia.es/ley_en_murcia_6.html.
<http://www.congresomediacion.es/pdf/PAULINO%20FAJARDO.pdf>
<http://www.cuemyc.es>.
<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/civile/civile/primiPiani/2013/09>.
<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidaAlDiritto/civile/civile/primiPiani/2012/10/leccesso-di-delega-affonda-la-mediazione.html>

<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidAlDiritto/civile/civile/primiPiani/2013/09>.

http://www.elpais.com/articulo/madrid/Consejeria/Justicia/quiere/control/turno/oficio/elpepiespmad/20110920elpmad_3/Tes.

<http://www.europapress.es/extremadura/noticia-gobierno-extremadura-defiende-mediacion-metodo-resolucion-conflictos-ambito-familiar-20120420173525.html>.

<http://www.europarl.europa.eu-sides-getDoc.pdf>.

<http://www.europeanforum-familymediation.eu>.

<http://www.fundacionwolterskluwer.es>.

<http://www.fundacionwolterskluwer.es/html/Indicadores2011.pdf>.

<http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13951.html>.

http://www.icafi.com/docs/noticias/informe_abogacia.pdf.

http://www.larioja.org/upload/documents/446710_D_ptico_mediacion_familiar.pdf.

<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/supranacional/due/la-mediacion-mercantil-italia-vs-espana>.

<http://www.mediacionesjusticia.com>

http://www.norafemenia.com/im/mediaciondivorcioonline_files/frame.htm

<http://www.poderjudicial.es>. Información consultada el día 7 de diciembre de 2013.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion>

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediacion>

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Analisis_estadistico/La_Justicia_dato_a_dato/La_justicia_dato_a_dato__ano_2011

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Informes_estadisticos/Informes_periodicos/ci.Datos_sobre_el_efecto_de_la_crisis_en_los_organos_judiciales_Primer_trimestre_de_2011.formato3.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion>.

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados_que_ofrecen_mediacion/Juzgados_que_ofrecen_mediacion_Penal.

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados_que_ofrecen_mediacion/Juzgados_que_ofrecen_mediacion_Social
http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Protocolos,¹ <http://www.poderjudicial.es>.
http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Convenios
http://www.ssb.no/forlik_en/main.html.
<http://www.supremecourt.ne.gov/5942/office-dispute-resolution>.
http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf.
<http://www.upsj.org/documentos.item.98/secretario-judicial-ante-la-mediacion-penal.html>
<http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Civil%20Procedure.pdf>.
http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2010-2222